Die Einwilligung im Aufbau der Verbrechenslehre

(unter besonderer Berücksichtigung des Rechtsgutsgedankens).

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexander-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Simon Seitz
Gerichtsreferendar aus Nürnberg

Approbiert im März 1940.

Buchdruckerei M. Krahl, Erlangen-Bruck
1941

1941 №64

Dekan: Professor Dr. jur. Hans Liermann
Referent: Professor Dr. jur. Thomas Würtenberger

Meinen lieben Eltern

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533921_0111

Inhalts-Uebersicht.

Seite

Literaturverzeichnis VI

Einleitung 1

I. Abschnitt: Die Bedeutung des Rechtsgutsgedankens für die Verbrechenslehre 15

1. Kapitel: Der heutige Stand der Rechtsgutslehre . . . 15

2. Kapitel: Die Kritik am Rechtsgutsbegriff 21

II. Abschnitt: Einwilligung und Rechtsgut 34

3. Kapitel: Träger der Rechtsgüter 34

4. Kapitel: Folgerungen in Bezug auf das Einwilligungsproblem 41

5. Kapitel: Anwendung auf einzelne Fälle 48

III. Abschnitt: Die Einwilligung im Aufbau der Verbrechenslehre 55

6. Kapitel: Rechtfertigungsgrund oder Beseitigung der Tatbestandsmäßigkeit? 55

7. Kapitel: Der Wille des Täters 61

Schluß 70

Literaturverzeichnis.

Allfeld Philipp, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 9. Aufl. (v. Hugo Meyer 7, 1934).

Bahr L. v., Gesetz und Schuld im Strafrecht, 1906—1909.

Binding Karl, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885.

— die Normen, 3. Aufl. 1916/18.

Breithaupt, Volenti non fit iniuria, 1891.

Bruns Hans-Jürgen, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, 1938.

Dalcke A., Strafrecht und Strafprozeß, 1940.

Dohna Alexander Graf zu, Recht und Irrtum, 1925.

— der Aufbau der Verbrechenslehre 1936.

Eichler Hermann, Handeln im Interesse des Verletzten als Rechtfertigungsgrund, 1931.

Engau, Elementa iuris criminalis, Ed. II 1742.

Festschrift für Reinhard v. Frank, Bd. II, 1930.

Festschrift für Graf Gleispach (Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft) 1936.

Frank Hans, NS'Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, 1935.

— Nationalsozialistische Strafrechtspolitik, 1938.

Frank Reinhard v., Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1936.

Guderian Curt, Die Beihilfe zum Selbstmord und die Tötung des Einwilligenden, 1899.

Gürtner Franz, Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., 1935.

Hippel Robert v., Deutsches Strafrecht 1930.

Huber Ernst Rudolf, Verfassung, 1. Aufl. 1937.

Joski Siegfried, Die Einwilligung des Verletzten, 1899.

Keßler R., Die Einwilligung des Verletzten in ihrer strafrechtlichen Bedeutung, 1884.

Klug Ulrich, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe, 1938.

Köhler August, Deutsches Strafrecht, 1917.

Koellreutter Otto, Deutsches Verfassungsrecht, 1938.

Kreß, Commentatio succincta in Constitut. Criminal. Caroli V. Imperatoris, 1730.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 36. A. 1932.
Lobe Adolf, Einführung in den Allgemeinen Teil des Strafgesetzbuches, 1933.
Mayer Hellmuth, Das Strafrecht des Deutschen Volkes, 1936.
Mezger Edmund, Strafrecht, 1933.
— Leitfaden, 1936.
Olshausen Justus v., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl. 1927.
Pfersdorff Fritz, die Einwilligung des Verletzten als Strafausschließungsgrund, 1897.
Schaffrath, Grundwissenschaft des Rechts und insbesondere des Strafrechts, 1841.
Schaffstein Friedrich, Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, 1930.
Schapp Wilhelm, Das Reichserbhofrecht, 1934.
Schmidt Richard, Grundriß des deutschen Strafrechts, 1931.
Schwinge Erich, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, 1930.
Schwinge-Zimmerl, Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht, 1937.
Stoll Heinrich, Deutsches Bauernrecht, 1938.
Welzel Hans, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen 1940.
Wieacker Franz, Wandlungen der Eigentumsverfassung, 1935.
Würtenberger Thomas, Das System der Rechtsgüterordnung in der Deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, 1935.
Zimmerl Leopold, S. Schwinge-Zimmerl.
Greig Richard (Jude) Die Einwilligung des Verletzten, 1919.
Mayer Max Ernst (Jude), der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, 2. Aufl. 1925.

Einleitung.

I.

Die Frage der Einwilligung in eine zu begehende Straftat steht im engsten Zusammenhang mit der Problematik des Strafrechts. Die Tatsache, daß im geltenden Strafgesetzbuch eine allgemeine und ausdrückliche Regelung dieser Frage nicht getroffen ist, kann darüber nicht hinwegtäuschen. Wenn die Einwilligung auch nur bei einigen wenigen Delikten besonders geregelt ist, so läßt, wie Frank richtig bemerkt, daraus sich nicht folgern, daß bei anderen Delikten die Einwilligung rechtlich bedeutungslos sei: denn vom rein logischen Standpunkt aus ist die umgekehrte Folgerung, daß die Einwilligung bei allen übrigen Delikten die Rechtswidrigkeit beseitige, ebensogut möglich[1]).

Tatsächlich ist das ausländische Strafrecht vom deutschen teilweise auch dadurch verschieden, daß die Einwilligung durch eine allgemeine Norm geregelt ist. Das geltende englische und amerikanische Recht erkennt den Satz „volenti non fit iniuria" als gültigen Rechtssatz an. In der gesetzestechnischen Ausgestaltung bestehen insofern Unterschiede, als einerseits die Einwilligung entweder direkt anerkannt oder andererseits bei den einzelnen Delikten aufgeführt wird, daß die Einwilligung unerheblich sei. Demgegenüber gibt es allerdings auch Staaten, die die Rechtswirksamkeit der Einwilligung überhaupt nicht anerkennen (Portugal, Mexiko, Brasilien).

Es ist schwierig, eine hinreichende Definition des

1) Frank, Kom. z. Strafges.Buch, 18. Aufl. Abschnitt III vor § 51.

Begriffes „Einwilligung“ zu finden, die man den folgenden Betrachtungen ohne weiteres unterstellen könnte und die dem heutigen Stand der Strafrechtswissenschaft gerecht werden würde. Dies gilt insbesondere für die Lehrbücher und Kommentare, die vor dem 26. 5. 33 (dem Tag an dem § 226a StGB. eingeführt wurde) erschienen sind. In hohem Maß ist das darauf zurückzuführen, daß der Gesetzgeber den Begriff nur in wenigen Bestimmungen (§ 218 — „Einwilligung“, dagegen §§ 236, 237 — „wider Willen“) gebraucht hat. Gerade bei § 216 StGB., der in Bezug auf das Einwilligungsproblem im Mittelpunkt heftiger Auseinandersetzungen gestanden hat, wird nicht auf die Einwilligung, sondern auf das Verlangen des Verletzten abgestellt. Ausschlaggebend ist weiterhin, daß man im Mittelpunkt aller Problematik nur die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund sah, während man sich über die Einwilligung als Tatbestandsmerkmal im Klaren zu sein glaubte. So konnte Köhler sagen[1]), daß die Wirksamkeit der Einwilligung bei Delikten, welche ihr Fehlen zum Tatbestandsmerkmal erhoben haben, außer Streit sei. Da nun die Einwilligung in § 218 StGB. Tatbestandsmerkmal ist[2]), so glaubte man hierüber auch keine näheren Bestimmungen bilden zu müssen. In den Anmerkungen zu § 218 StGB. erwähnt Frank die Einwilligung als solche überhaupt nicht[3]). Auf dem Umweg über den Begriff „Verlangen“ im § 216 StGB. kann man nicht gleiche Schlüsse ziehen; denn beide Begriffe sind verschieden[4]).

---

1) Lehrbuch S. 402.

2) Köhler, a.a.O., S. 417.

3) Vergl. Anm. 3 letzter Satz; näher ausgeführt Olshausen, 11. Aufl., Anm. 4 b zu § 218; nicht so ausführlich Leipz. Kom., 4. Aufl., Anm. 7 zu § 218.

4) „Die hier behandelte Tötung auf Verlangen darf nicht als Tötung eines „Einwilligenden“ bezeichnet werden. Allerdings steht der Umstand, daß die erste Anregung vom Tötenden ausgegangen ist, dem Begriff des Verlangens nicht entgegen; immerhin aber wird durch diesen Ausdruck gesagt, daß die Tötung dem eigenen Wunsch des zu Tötenden entsprechen muß, während die „Einwilligung“ nur

Zunächst bedarf daher der Begriff „Einwilligung" einer näheren Untersuchung. Die Notwendigkeit dessen wurde vielfach nicht genügend erkannt, was umso überraschender ist, als gerade dieses Problem immer und immer wieder erörtert wurde. Man sprach von der Einwilligung des Verletzten und ließ dabei manchmal offen, was darunter überhaupt zu verstehen sei. Anzunehmen, daß dieser Begriff aus sich selbst heraus bestimmbar sei, wäre jedenfalls sehr gewagt. Die Praxis des Strafrechts hat die Unmöglichkeit derartiger Unterstellungen immer wieder gezeigt (z. B. § 266 StGB.). Es wird daher hier die erste Aufgabe sein, den Begriff der Einwilligung zunächst so zu bestimmen, daß die weiteren Betrachtungen darauf aufgebaut werden können.

Im alltäglichen Sprachgebrauch bedeutet Einwilligung sowohl die vorhergehende als auch die nachträgliche Zustimmung. Das BGB. stellt davon abweichend den Begriff Einwilligung unter den Oberbegriff Zustimmung und definiert im § 183 die Einwilligung präzis als vorherige Zustimmung. Die strafrechtliche Literatur gebraucht den Begriff nicht einheitlich. Im allgemeinen versteht man darunter die vorhergehende Zustimmung; es wird aber auch von einer nachträglichen Einwilligung gesprochen [1]). v. Hippel spricht in Anlehnung an den Sprachgebrauch des BGB. von nachträglicher Genehmigung [2]).

Man muß sich an dieser Stelle klar werden, wonach Begriffsbestimmungen im Strafrecht auszurichten sind. Durchaus unzulänglich ist es festzustellen, die Einwilligung sei eine Willenserklärung [3]). Hier muß das Problem erwogen werden, ob mit zivilrechtlichen Begriffen im Strafrecht gearbeitet werden kann und darf. In diesem

bedeutet, daß der Wille des zu Tötenden nicht entgegensteht (Frank, Anm. I zu § 216).

1) Lobe, Einführung in den Allg. Teil des Strafgesetzbuches, S. 46.

2) Deutsches Strafrecht II, S. 248, Anm. 3.

3) Joski, Die Einwilligung des Verletzten, S. 12.

Rahmen soll die Stellungnahme hierzu nur Grundsätzliches bringen.

„Gelingt der Strafrechtspflege die tatsächliche, nicht nur die gesetzliche Befreiung aus den Ketten der überkommenen zivilistisch ausgerichteten Denkweise, so besteht die Möglichkeit, daß von ihr aus das volkstümliche Rechtsdenken überhaupt wieder zurückerobert wird.“ Diese Worte Freislers stellt Bruns seiner in dieser Richtung bahnweisenden Schrift voran[1]). Er glaubt darin feststellen zu können, „daß es eine spezifisch strafrechtliche Begriffsbildungs- und Auslegungsmethodik gibt, die in erster Linie durch größere Wirklichkeitsnähe gekennzeichnet wird und die sich weitmehr mit dem gesunden Volksempfinden, dem natürlichen Sprachgebrauch im Einklang hält als die scharfgeschliffenen abstrakten Begriffsbildungen des Zivilrechts“[2]). Ich weiß nicht ob man das vorbehaltslos billigen kann. v. Liszt-Schmidt[3]) und Hippel[4]) bestreiten es schlechthin. Die Wahrheit dürfte indessen in der Mitte liegen.

Zweifellos gibt es im Strafrecht Begriffe, die anders gelagert sind als die gleichlautenden des Zivilrechts. Beispiel hiefür hat schon die Einwilligung geboten. Unbestreitbar gibt es aber auch Begriffe, die mit den entsprechenden zivilistischen durchaus kongruent sind. Eigentum beispielshalber, Leben, Gesundheit und andere. Ob man hier sagen kann, es handelt sich um strafrechtliche Begriffe, die zufällig mit den entsprechenden zivilistischen sich decken, scheint mir eine Frage der Methodik zu sein, die sicher überspitzt sein dürfte, und hier nicht gewürdigt werden kann. Für den Begriff „Einwilligung“ stellt Bruns fest, daß die Einwilligung nicht eine nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts wirksame rechtsgeschäftliche Willenserklärung bedeutet, sondern entscheidend darauf

1) Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken.
2) A.a.O., S. 7.
3) Lehrbuch, S. 255, Note 6.
4) Lehrbuch, S. 237.

abstellt, ob eine freie Willensentschließung vorliegt oder nicht. „Gerade die „Einwilligung" bietet ein besonders schönes Beispiel für die Unzulässigkeit der Uebertragung zivilrechtlicher Begriffe und Gedankengänge auf das Strafrecht" [1]). Jedenfalls muß mit Bruns zugegeben werden, daß die Einwilligung des Strafrechts verschieden ist von der des Zivilrechts.

Man darf also in dem verschiedenen Sprachgebrauch der einzelnen Schriftsteller nicht beim einen Genauigkiet beim anderen Unklarheit sehen wollen. Wenn die nachträgliche Einwilligung aber unerheblich ist, so liegt es doch nahe, den Begriff so zu bestimmen, daß eben die nachträgliche Zustimmung dadurch von vornherein ausgeschlossen wird. Zuvor soll aber die Richtigkeit dieser Feststellung näher untersucht werden.

Wenn eine Straftat verübt wird, entsteht beim Verletzten regelmäßig das Bestreben nach Vergeltung. In primitiven Zuständen übt diese Vergeltung der Verletzte selbst aus; sobald ein Zusammenleben in Gemeinschaften erfolgt, kommt dies immer dieser Gemeinschaft, normalerweise dem Staate, zu. Die Frage wann der Staat die entsprechende Maßnahme trifft, ist einfach zu beantworten: mit dem Beginn der deliktischen Handlung bezw. mit dem Eintritt des Erfolges [2]). In dem Augenblick aber in dem das Delikt vollendet oder unterbrochen oder der Versuch beendet ist — gleichgültig wodurch — schreitet der Staat ein, um die Vergeltung, deren Ausübung er dem einzelnen verbietet, damit zu gewährleisten. Eine nachträgliche Zustimmung zu dem begangenen Delikt durch den Verletzten ist nun nicht mehr beachtlich, da dieser damit in die Machtsphäre des Staates eingreifen würde. Außerdem sprechen dagegen auch rein praktische Erwägungen; es wäre dem Verletzten dadurch ermöglicht,

1) A.a.O., S. 247.

2) Hier stehen sich gegenüber die Vergeltungs- und die Nützlichkeitstheorie. Vergl. Klug, Die zentrale Bedeutung des Schutzgedankens für den Zweck der Strafe, S. 4 ff.

einen bereits eingeleiteten Prozesses zu vereiteln und damit alle vorherige Arbeit unnötig und zunichte zu machen. Daß nach der Urteilsvollstreckung eine Zustimmung stets unerheblich sein muß, bedarf wohl keines weiteren Beweises.

Diese Auffassung ist bei dem ganzen Problem die einzige, worüber nicht die verschiedensten Meinungen verfochten worden sind. Vom Standpunkt der Praxis ist dies durchaus verständlich. Auch das Reichsgericht hält die Auffassung, durch nachträgliche Genehmigung werde eine Tat der Rechtswidrigkeit entkleidet, für rechtlich unhaltbar [1]).

Man hat es aber unterlassen, hieraus die notwendigen Folgerungen zu ziehen. In jedem Lehrbuch, in jedem Kommentar und in jeder Abhandlung liest man von der „Einwilligung des Verletzten". Von einem Verletzten kann man aber frühestens sprechen nach dem Eintritt des Erfolges, der zeitlich viel später liegen kann als die Vornahme der Handlung selbst. Dieser Verletzte kann aber gerade nicht mehr einwilligen. Einwilligen kann nur der Nichtverletzte oder genauer der „Noch-nicht-Verletzte". Man müßte also von der Einwilligung des erst verletzt Werdenden oder dergl. sprechen. Immerhin hat sich jener undeutliche Sprachgebrauch so fest eingebürgert daß, der Gesetzgeber ihn im § 226a StGB. verwendet hat und daß man ihn heute als festen Begriff hinnehmen muß.

Bei der Frage, wann nun die Einwilligung erfolgen müsse, gehen die Meinungen schon weit auseinander. v. Hippel vertritt die Auffassung daß die Einwilligung zeitlich im Augenblick der Tat (Handlung bezw. Unterlassung) vorliegen müsse [2]). Demgegenüber behauptet Allfeld [3]), „sie muß entweder vor oder während der Tat erteilt sein, auch, solange diese verübt wird, fortdauern". Dabei wird die Ansicht v. Hippels, Breithaupts u. a. ausdrücklich als unrichtig hingestellt.

1) Bd. 61, 394. Nähere Ausführungen RG. 25, 383.
2) Lehrbuch, S. 244. 3) Lehrbuch S. 142.

Geht man von dem Standpunkt aus, daß die Strafbefugnis des Staates oder irgendeiner anderen Organisationsform an die Stelle der Vergeltungsausübung des Verletzten getreten ist, so läßt sich die Meinung Allfelds unter Umständen vertreten. Denn in dem Augenblick, wo alle Handlungen zur Verwirklichung eines Verbrechenstatbestandes gegen mich bereits getätigt sind, ich aber weder die Handlung noch den Erfolg kenne, liegt es ja durchaus außerhalb meines Willens, Vergeltung zu verlangen. Erlange ich nun Kenntnis von der gegen mich verübten Tat, stelle ich mir auch den eintretenden Erfolg richtig vor und sage dann, ich will ihn gar nicht vermeiden, so gebe ich damit jeden Vergeltungsgedanken auf. Die Bedenken dagegen liegen offen: Wenn ich als einzelner in einer größeren Gemeinschaft lebe, so muß ein willkürliches Ausüben von Rechten dort unterbleiben, wo der festen Gestaltung der gegenseitigen Verhältnisse der einzelnen Glieder der Gemeinschaft wegen unverrückbare Grenzen gezogen sein müssen, d. h. wo eben Bestrafung eintreten muß zu einem von vorneherein festgelegten Zeitpunkt, woran das Verhalten des einzelnen nichts mehr ändern kann. Gesichtspunkte, die mich als einzelnen veranlassen können, es damit nach Belieben zu halten, müssen zugunsten der Forderung nach Festigkeit der Rechtsbeziehungen ausscheiden. Schon aus diesen Gesichtspunkt heraus muß objektiv ein Ereignis festgestellt werden, das, unabhängig von der nachträglichen Beurteilung durch den einzelnen, das Einschreiten des Gemeinwesens von selbst auslöst. Von diesen Erwägungen abgesehen ist aber zu beachten, daß das Strafrecht nicht allein den Zweck hat, zu sühnen und zu vergelten, sondern daneben auch die Aufgabe, Verbrechen überhaupt zu verhüten und dadurch die Ordnung der Gemeinschaft zu erhalten [1]). Dieser Gesichtspunkt ist, wie die weiteren Ausführungen zeigen werden, „von fundamentaler Bedeutung für eine befriedigende Lösung des Einwilligungsproblems“. Die-

1) Vergl. Klug, a.a.O., IV. Kap.

sem Prinzip aber würde es geradezu widersprechen, wenn derjenige, der entschlossen ist, seinen verbrecherischen Willen zu verwirklichen und ihn auch tatsächlich verwirklicht, soweit das in seiner Macht liegt, dann nachher durch ein Ereignis, völlig außerhalb seiner Machtsphäre, in seinem Tun „gerechtfertigt" würde. Auch wenn der Verletzte dem Täter seine Einwilligung nun ausdrücklich erklärt, ändert dies nichts an der Tatsache, daß der Täter eben Verbrecher bleibt und bei der nächsten Gelegenheit wieder entsprechend handeln wird. Man kann in diesem Zusammenhang auf die vom Reichsgericht vertretenen subjektiven Theorien hinweisen, die in ihrer Argumentation von ähnlichen Erwägungen ausgehen.

Stellt man sich aber den Sachverhalt folgendermaßen vor: Ich weiß daß gegen mich eine deliktische Handlung begangen wurde und kenne auch den Erfolg, der eintreten wird. — Die natürliche Veranlagung veranlaßt mich hierbei zu zweierlei: erstens versuche ich den Erfolg abzuwenden, zweitens zu vergelten. Im gleichen Augenblick schreitet das Gemeinwesen gegen die begangene Straftat ein. Ob die Vergeltung auch tatsächlich ausgeübt werden konnte, ist in diesem Zusammenhang belanglos. Nur wenn Kenntnis von der verübten Handlung und dem eintretenden Erfolg zeitlich zusammenfallen mit der Einwilligung, müßte diese Ueberlegung versagen. Aber auch in diesem Fall würde das bereits oben Gesagte zutreffen. Eine Rechtfertigung ist eben in dem Augenblick, wo der Entschluß, ein Verbrechen zu verüben, durch Handlungen welche einen Anfang der Ausführung dieses Verbrechens enthalten, betätigt worden ist, nicht mehr möglich. Wohl kann eine Strafmilderung eintreten. In diesem Zusammenhang wird es auch verständlich, wenn Allfeld die Einwilligung unter anderem auch als Strafmilderungsgrund auffäßt.

Nach dem Gesagten muß man sich dazu entscheiden, daß es eine nachträgliche Einwilligung nicht gibt, daß die Einwilligung andererseits vor Begehung des Delikts lie-

gen muß, sie dagegen unerheblich ist während der Begehung des Delikts[1]). Ob man mit v. Hippel festhalten kann, daß sie unmittelbar vor dem Delikt erfolgt sein muß, soll offen bleiben. Man kann also sagen: Einwilligung ist die Zustimmung zu einer gegen den Einwilligenden beabsichtigten Straftat. Damit ist gleichzeitig gesagt, daß die Einwilligung nur vor dem Anfang der Ausführung des Delikts liegt, daß also nicht der Verletzte, sondern der zu Verletzende einwilligt. Interessant ist in diesem Zusammenhang festzustellen, daß Honig bei der Definition des Begriffes im grammatisch-sprachlichen Sinne es intuitiv vermeidet vom „Verletzten" zu sprechen. Er sagt vielmehr: „Einwilligung ist der Ausdruck des Einverständnisses mit einem bevorstehenden Verhalten eines anderen, das der sein Einverständnis Erklärende verhindern kann"[2]).

II.

Es haben sich immer wieder gewichtige Stimmen erhoben, die die Einführung eines allgemeinen Rechtssatzes über die Einwilligung verlangten. So meint Honig[3]), ob durch eine Einzelbestimmung (gemeint für Körperverletzung) dem Bedürfnis nach einer gesetzlichen Regelung des Problems Genüge getan ist, erscheine mehr als zweifelhaft. Immerhin ist man sich darüber klar, daß die Einwilligung bei einem größeren Kreis von Delikten, als dies das geltende Recht berücksichtigt, erheblich ist. Das gibt auch das Reichsgericht zu, indem es von Fall zu Fall die Erheblichkeit der Einwilligung entscheidet, sie bald bejaht, bald verneint. In der Entscheidung Bd. 2, 243 vertrat es die sicher unrichtige Auffassung, es spräche die Tatsache, daß die Einwilligung bei Tötung berück-

1) Uebereinstimmend: Mezger, Lehrbuch, S. 212, Dalcke, Strafrecht und Strafverfahren, Anm. 8b zu § 226a, Freisleben-Kirchner-Niethammer, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Anm. 3 zu § 226a.

2) Honig, a.a.O., S. 139.

3) A.a.O., S. 123.

sichtigt worden sei, dafür, daß ihr überall eine rechtliche Wirksamkeit nicht beigelegt werden sollte. Das Reichsgericht hat in seinen nachfolgenden Entscheidungen die frühere Meinung nicht geteilt, konnte sich aber nicht entschließen, eine generelle Wirksamkit der Einwilligung anzuerkennen.

Auch in der Literatur sind ähnliche Auffassungen vertreten worden. Richard Schmidt meint, die Einwilligung des Verletzten als ein allgemeines Deliktshindernis anzuerkennen, sei nicht haltbar. Die Betrachtungsweise, daß die Gleichgültigkeit der Nächstbeteiligten gegen Verletzung des eigenen Gutes straffrei mache, sei privatrechtlich [1]) Uebereinstimmend mit der späteren Auffassung des Reichsgerichts schreibt Köhler in seinem Lehrbuch: „Vielmehr gehören hieher auch diejenigen Delikte, welche Rechtsgüter schützen, über die das Recht ihrem Träger oder Hüter (sit venia verbo) die tatsächlich oder rechtlich vorhandene Verfügungsmacht nicht oder nicht völlig nehmen wollte. Will das Recht dem Träger oder Hüter eines Rechtsgutes die Macht belassen, durch eigene Handlungen das Gut zu schädigen oder zeitweilig unbehütet zu lassen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er im gleichen Umfang auch durch Dritte die Handlungen vornehmen lassen darf“ [2]).

Man sollte annehmen, daß hiermit ein allgemeiner Rechtssatz über Erheblichkeit und Wirksamkeit der Einwilligung gefunden oder jedenfalls der Weg hierzu bereits beschritten sei. Köhler verfolgt diesen Gedanken aber nicht bis zuletzt, sondern zählt einzelne Fälle auf, worin die Einwilligung erheblich sei. In diesem Katalog läßt sich aber nicht mit Klarheit ersehen, nach welchem Prinzip unter den einzelnen Delikten ausgewählt wird. So scheint es berechtigt wenn Honig sagt [3]): „Dies legte den Gedanken nahe, daß eine alle Fälle der Gesetzesan-

1) Grundriß, S. 127.
2) A.a.O., S. 405.
3) A.a.O., S. 19.

wendung umfassende Formel nicht zu finden sei, daß man vielmehr, wie man die einzelnen Fälle nur nach der Natur der in Rede stehenden Verbrechen scheiden könne, so auch auf eine einheitliche Abgrenzung der Wirksamkeit der Einwilligung verzichten müsse". Zu den Vertretern dieser Richtung zählt er auch Köhler. Auf der anderen Seite erwähnt er eine Reihe von Autoren wie Allfeld, Gerland, v. Liszt, die eine einheitliche Formel finden zu können glaubten. Köhler selbst nahm aber an, mit v. Liszt übereinzustimmen, wie sich aus einer Fußnote (Lehrbuch, S. 405) ergibt. Hier liegt zweifellos auf irgendeiner Seite ein Irrtum vor.

Man wird aber hier nicht streng zwischen zwei verschiedenen Auffassungen unterscheiden dürfen. Denn wenn z. B. Allfeld und v. Liszt für das Problem einen allgemeinen Satz glauben aufstellen zu können, so gilt dies in gewissen Sinn, wie wir oben sahen, auch bei Köhler. Der grundsätzliche Unterschied wird wohl eher darin zu finden sein, daß Köhler, Frank und andere einzelne Delikte aufführen, während die andere Richtung dies nicht tut.

Bezeichnend und andererseits bestätigend ist hiefür, daß Honig selbst im 9. Kapitel von der Regelung des Einwilligungsproblems durch einen allgemeinen Rechtssatz spricht, dann aber doch einzelne Delikte aufführt, ohne daß man indessen mit Sicherheit erkennen könnte, ob er dies tut, um daran den aufgestellten Satz zu prüfen oder um zuzugeben, daß auch auf diesem Weg eine einwandfreie Lösung nicht erzielt werden könne. Man kann sich des Eindrucks dabei nicht erwehren, daß eine gewisse Unsicherheit bei allem immer noch durchblicke.

Interessant ist es auch, die verschiedenen Ansichten über die Einwilligung in die Körperverletzung zu verfolgen und damit die positive Regelung im § 226a StGB. zu vergleichen. Allerdings hat auch die Gesetzgebung nicht dazu beigetragen Klarheit aufkommen zu lassen. § 216 StGB., der nicht nur in Bezug auf den darin ge-

zogenen Strafrahmen als verfehlt bezeichnet werden muß, kann hierfür als Schulbeispiel gelten. Denn nach dieser Bestimmung kann man die Einwilligung tatsächlich als Strafmilderungsgrund ansehen. Von dieser Seite her hat man das Einwilligungsproblem auch erstmals wissenschaftlich betrachtet. Schon Kreß stellt fest, daß auch die Tötung des Einwilligenden ein „crimen" sei, sie jedoch nicht mit der Todesstrafe bestraft werden solle[1]). Seine Nachfolger betrachteten die Einwilligung beim homicidium schlechthin als Strafmilderungsgrund[2]). Allfeld hat diese Anschauung wieder aufgegriffen und sie verallgemeinert — dafür scheint auch § 218 StGB. zu sprechen. Damit hätte die Einwilligung drei verschiedene Seiten; sie wäre sowohl Rechtfertigungs- wie auch Strafmilderungsgrund, ihr Fehlen dagegen Tatbestandsmerkmal.

In der neuesten Zeit hat sich eine Tendenz herausgebildet, die dem Einwilligungsproblem besondere Bedeutung nicht zuerkennen will. So meint Hellmuth Mayer, daß die Einwilligung heute kein „aktuelles Problem"[3]) mehr biete. Ich glaube, daß man diesen Satz nicht ohne weiteres halten kann. H. Mayer verzichtet dabei auf die Beweisführung; aber gerade diese zu kennen wäre doch interessant und wichtig. Weiterhin ist die Stellung Mayers insofern nicht klar, als man nicht erkennen kann, ob damit gesagt sein soll, daß das Einwilligungsproblem überhaupt keine Bedeutung habe oder die Grenzen seiner Bedeutung im geltenden Recht entsprechend seiner Erheblichkeit abgesteckt seien. Das dem nicht so ist, ergibt sich aus dem Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, die allerdings auch das Problem stiefmütterlich behandelt. Immerhin stellt Klee hierzu fest: „Es bleibt nur noch ein Rechtfertigungsgrund, der an sich sehr wohl im Strafrecht geregelt sein könnte und

1) Commentatio succincta in Constitut. Criminal. Caroli V. Imperatoris, Hannoverae 1730, Art. 134, § 4 Nr. 2.

2) Engau, Elementa iuris criminalis, Ed. II, Jenae, 1742, § 349.

3) Das Strafrecht des deutschen Volkes, S. 326.

müßte, dessen allgemeine Regelung die Kommission aber nicht für erforderlich gehalten hat, weil er nur bei einzelnen strafbaren Handlungen, eigentlich nur bei Körperverletzung, eine Rolle spiele: „die Einwilligung“ [1]). Man zieht auch daher die Konsequenzen, die „Körperverletzung des Einwilligenden“ als einmalige Erscheinung im Strafrecht anzusehen und dementsprechend zu behandeln. Das kann aber für die Theorie niemals Grund sein, um die allgemeinen Grundsätze, worauf sich eine derartige Erscheinung gründet, auch wenn sie berechtigt oder unberechtigt eine Einzelerscheinung darstellen sollte, nicht erforschen zu wollen. Im übrigen handelt es sich um keine Einzelerscheinung. Die Kommission will zwar die Tötung des Einwilligenden (Verlangenden) nicht mehr als Sondertatbestand erscheinen, sie vielmehr in der gemeinen Tötung aufgehen lassen, wobei allerdings die Möglichkeit weitgehender Milde — ein Zugeständnis also — in der Strafbemessung gegeben wäre (Gefängnis statt Zuchthaus). „Es wird zu prüfen sein, ob diese Behandlung der Tötung auf Verlangen, die doch ein wesentlich anders geartetes Delikt als die gemeine Tötung darstellt, weil sie des Eingriffs in die Willenssphäre ermangelt, nicht eine Ueberspannung des Gedankens der Identifizierung der Rechtsgüter des einzelnen Volksgenossen mit denen des Volksganzen ist. Vor allem dürfte entgegenstehen, daß die Sterbehilfe als besonderer Fall der Tötung auf Verlangen der Ausnahmebehandlung bedürftig erscheint, falls man nicht mit der Kommission hier alles auf die Kraft des Gewohnheitsrechts abstellt, das solches Samariterwerk vor dem Zugriff der Strafverfolgung schon jetzt sichert“ [2])[3]). Auf Gewohnheitsrecht abzustellen sollte aber doch die allerletzte Möglichkeit sein, auf die zurückgegriffen werden kann. Es sind nicht wie Helmuth Mayer

1) Das kommende deutsche Strafrecht, Allg. Teil, S. 87.

2) Klee, a.a.O., S. 88.

3) Näheres über die Sterbehilfe bei Köhler, Lehrbuch S. 400, M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 290.

keine Schwierigkeiten, die das ganze Problem in letzter Zeit so inaktuell erscheinen lassen. Hier sei, wie oben bereits festgestellt, ausdrücklich wiederholt: das Einwilligungsproblem hängt mit den Grundproblemen des Strafrechts auf das engste zusammen; es steht und fällt unter Umständen damit, je nach der Einstellung zu ihnen. Man müßte wohl gar dem einen Problem zulieb ein ganzes System umgestalten oder doch wenigstens berichtigen. Das war in den vergangenen Jahren von besonderer Bedeutung, da das überkommene Strafrechtssystem stark erschüttert, ein neues aber nicht an seine Stelle getreten war. Hier kann wieder auf Klee verwiesen werden, der treffend feststellt: „Aber überall da, wo der einzelne einziges unmittelbares Angriffsobjekt eines Delikts ist, muß vom rein individualistischen Standpunkt aus der Satz volenti non fit iniuria gelten, denn im Falle der Einwilligung fehlt die Kern und Wesen des Delikts gegen den einzelnen bildende Verneinung fremden Willens. So müßte an sich Körperverletzung, Tötung (hier hat aus kriminalpolitischen Gründen schon das geltende Recht die Konsequenzen nicht gezogen), Beleidigung rechtmäßig sein, wenn der Verletzte in sie einwilligt. Vom Standpunkt des heutigen auf dem Gedanken der Volksgemeinschaft aufgebauten Staatswesens kann aber diese Schlußfolgerung nicht gezogen werden“ [1]). Nun aber folgt der Satz, der, da die Grenzen zu weit gezogen werden, eine befriedigende Lösung des Einwilligungsproblems nicht zuläßt: „In allen Fällen ist das Volksganze als mitverletzt anzusehen, wenn ein Glied desselben verletzt wird, die Einwilligung des Verletzten ändert hieran nichts“ [2]). Es soll hier den folgenden Erörterungen nicht vorausgegriffen werden, aber immerhin: dieser Satz dürfte in dieser allgemeinen Form nicht haltbar sein. Es bedarf einer feineren Unterscheidung und dann kann aber das ganze Problem einwandfrei gelöst werden.

1) Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission, S. 87/88. 2) A.a.O. S. 88.

Zweifellos bedeutet es eine Gefahr für das gesamte Strafrecht, wollte man die Einwilligung zu weit ausdehnen. Aber das muß ja nicht so sein und es ist auch in Wirklichkeit nicht so; denn schon an Hand des geltenden Rechts kann nachgewiesen werden, daß eine maßvolle Abgrenzung möglich ist. Denn die Fälle, die eine Körperverletzung wegen Einwilligung straflos machen, stellen innerhalb der Körperverletzungsdelikte eine verschwindende Minderheit dar und hier tritt nochmals eine Ausscheidung ein, insofern als in den meisten Fällen die Einwilligung nicht als erheblich anerkannt wird. Das muß auch der fanatischste Verfechter des Einwilligungsproblems zugeben[1]).

I. Abschnitt.

Das Rechtsgut im Aufbau der Verbrechenslehre.

1. Kapitel. **Der heutige Stand der Rechtsgutslehre.**

Man hat erkannt, daß die Frage, in welchem Umfang die Einwilligung bei den einzelnen Delikten erheblich sei, eng zusammenhängt mit der Natur des verletzten Rechtsguts. Allfeld stellt fest: „Maßgebend ist, ob die Rechtsordnung ein Gut ausschließlich im Interesse des einzelnen dem es zunächst zusteht oder zugleich auch im Interesse der Allgemeinheit schützt. Demnach ist die Frage verschieden zu beantworten, je nach der Natur der betreffenden Verbrechensart“ [2]). Aehnlich formuliert v. Hippel:

1) Auch die neuere Literatur bringt in Bezug auf das Einwilligungsproblem gegenüber der Literatur vergangener Jahre nichts wesentlich Neues. Welzel sagt in seinem Grundriß „Der Allg. Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen“, S. 55ff., daß die Einwilligung nicht bei allen Delikten erheblich sein könne, gibt aber zu, daß das doch in weiterem Maße als das im geltenden Recht positiv bestimmt wurde, der Fall ist. Welche Delikte aber dabei gemeint sind und nach welchen Gesichtspunkten eine Auswahl erfolgt, läßt auch er offen. 2) A.a.O., S. 141.

„Die Entscheidung ist aus Sinn und Zweck des Rechtsgüterschutzes auf Grund des positiven Rechts zu entnehmen. Daraus folgt: Wo das Privatinteresse im Vordergrund steht, schließt die Einwilligung des Verletzten grundsätzlich die Rechtswidrigkeit aus; wo Interessen Dritter oder öffentliche Interessen entscheidend mitsprechen, bleibt Rechtswidrigkeit trotz Einwilligung (!) bestehen. Denn verfügen kann man nur über eigene, nicht über fremde Interessen“ [1]). Ganz knapp aber treffend stellt Mezger fest: „Nicht rechtswidrig handelt der, in dessen Handlung der Träger des angegriffenen Rechtsguts in wirksamer Weise einwilligt“ [2]). Bei jedem weiteren Zitat kann man also feststellen, daß der Pol, worum das ganze Problem sich gleichsam dreht, das Rechtsgut des Verletzten ist.

Tatsächlich haben bisher auch alle, die sich mit dem Einwilligungsproblem auseinandersetzen, zunächst den Begriff des Rechtsgutes einer genauen Würdigung unterzogen. So hat Honig einen durchaus neuen Standpunkt über die Rechtsgutslehre vertreten, was allerdings oft nicht genügende Beachtung fand [3]).

In diesem Zusammenhang soll hier nur ein kurzer geschichtlicher Ueberblick über die Entwicklung des Rechtsgutsgedankens für das weitere Verständnis gegeben werden.

Der erste, der zwar nicht den Rechtsgutsbegriff selbst geprägt, wohl aber den Weg dahin gewiesen hat, war Feuerbach. Für ihn sind Schutzobjekte aller Verbrechen subjektive Rechte [4]). „Daß diese Auffassung undurchführbar und daher unrichtig ist, läßt sich leicht zeigen. Denn entweder muß man sich zur Preisgabe einer großen Anzahl von Verbrechensbegriffen entschließen, weil sie nicht gegen subjektive Rechte gerichtet sind (z. B. die Verbre-

1) A.a.O., S. 245.

2) Lehrbuch, S. 207.

3) Vergl. Schwinge, Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 31.

4) Vergl. Honig, a.a.O., S. 33ff.

chen gegen die Religion und die meisten Polizeidelikte: Betteln, Landstreicherei, Ruhestörung usw.), oder aber man muß den Begriff des subjektiven Rechts ins Ungemessene ausdehenen, auf daß er die Schutzobjekte aller Verbrechen mitumfaßt — das eine ebenso unmöglich wie das andere“ [1]). Diese Auffassung ist aber zu einseitig und läßt sich nur damit erklären, daß Schwinge zuviel von zivilistischen Begriffen ausgeht. Warum aber sollte der Begriff des subjektiven Rechts mit dem gleichlautenden des Zivilrechts übereinstimmen? Es ist ohne weiteres ersichtlich, daß es sich hier ebenso wie bei dem weiteren Argument, daß der Kreis der strafrechtlichen Rechtsgüter ein weiterer sei als der der privatrechtlich oder öffentlich rechtlich anerkannten subjektiven Rechte, um eine rein begriffslogisch begründete Modifikation handelt, die an dem weltanschaulichen Gehalt der Feuerbachschen Lehre nicht das Geringste ändert [2]).

Die Lehre Feuerbachs wurde „endgültig aus dem Felde geschlagen“ durch eine Abhandlung des Freiburger Kriminalisten Birnbaum: „Ueber das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens“ [3]). Er betrachtet von durchaus einfachen Ueberlegungen ausgehend als Verbrechen „nach der Natur der Sache oder als vernunftgemäß im Staate strafbar jede dem menschlichen Willen zuzurechnende Verletzung oder Gefährdung eines durch die Staatsgewalt allen gleichmäßig zu garantierenden Guts“ [4]). Damit war der Rechtsgutsbegriff in einfachster Form geprägt und das wahrscheinlich hat ihm auch den Vorzug der Feuerbachschen Lehre gegenüber gegeben und ihn erhalten. Die nachfolgenden Generationen haben den Begriff positiv nicht fortgebildet. Sie sind über unfruchtbare Polemik, die den neuen Begriff weiter auszubauen versuchte, ihn aber statt dessen

1) Schwinge, Teleologische Begriffsbildung, S. 28.
2) Schaffstein, Deutsches Strafrecht 1935, S. 99.
3) Archiv des Kriminalrechts 1834, S. 175ff.
4) Im einzelnen vergl. Honig, a.a.O. S. 60.

überspitzt und unhandlich machte, nicht hinausgekommen. Das geben auch entschiedene Anhänger des Rechtsgutsgedankens wie Schwinge ohne weiteres zu[1]).

Im Lehrbuch von v. Liszt-Schmidt wird sehr präzis und klar festgestellt, Rechtsgut sei nicht ein Gut des Rechtes, sondern ein durch das Recht anerkanntes und geschütztes Gut der Menschen. „Die durch das Recht geschützten Interessen nennen wir Rechtsgüter“[2]). Auch diese Bestimmung ist natürlich nicht unangegriffen geblieben. So hat Frank, der dem Rechtsgutsbegriff früher vollkommen ablehnend gegenüberstand[3]), festgestellt, das Interesse sei kein Gut, rechtlich geschütztes Interesse und Rechtsgut dürften nicht identifiziert werden. Den gleichen Standpunkt vertritt Mezger[4]). Jedenfalls hätte mit v. Liszt die bei dem Problem notwendige Grenze als erreicht erkannt werden können. Darüber hinaus sind aber auch neuerlich weitere Ausgestaltungen vorgenommen worden, so vor allem wie oben bereits erwähnt von Honig. „Das völlig neue an seiner Lehre war, daß er im Gegensatz zu seinen Vorgängern auf eine einheitliche Erfassung der Schutzobjekte von vorneherein verzichtete, ja sie für unmöglich erklärte“[5]).

Zur neuesten Richtung in der ganzen Entwicklung zählt namentlich auch Schwinge selbst. Er geht davon aus — und dem ist zweifellos beizupflichten — daß bei der Bearbeitung der Einzeltatbestände des Strafgesetzbuches das Rechtsgut oder Schutzobjekt leitendes Prinzip bei der Begriffsbildung sei. „Damit ist dargetan, daß der Begriff des Rechtsguts für die Strafrechtswissenschaft von grundlegender Bedeutung ist“[6]) wie Binding und v. Liszt[7]) sagten, ein Grundbegriff des Strafrechts und seine

1) Vergl. Schwinge, a.a.O., S. 29.
2) Lehrbuch, S. 4.
3) Vergl. hierzu Honig, a.a.O., S. 30.
4) Lehrbuch, S. 208. 5) Schwinge, a.a.O., S. 31.
6) Schwinge, a.a.O., S. 27.
7) Vergl. dazu: Binding, Normen, 1. Aufl. Bd. 1, S. 189. v. Liszt, Strafrechtl. Aufsätze, Bd. 1, S. 222.

Klarstellung eine Lebensfrage für die allgemeine Rechtslehre. Soll Inhalt, Geltungsbereich und Tragweite eines Strafrechtssatzes festgestellt werden, so muß dieser so, wie er im Gesetzbuch steht, in Beziehung zu seinem Rechtsgut gesetzt werden, wobei alsdann zu fragen ist, was unerläßlich ist, damit diese Vorschrift die ihr gesetzte Rechtsschutzaufgabe erfüllen kann. Es wurde versucht, den Rechtsgutsbegriff immer mehr zu vergeistigen. Das Ergebnis war, daß man den Begriff als „diejenige kategoriale Synthese, mit welcher juristischem Denken Sinn und Zweck der einzelnen Strafrechtssätze in komprimierter Form zu erfassen bestrebt ist" (Honig), deutete. Gerade diese Definition ist — und das durchaus verständlich — heftig angegriffen worden. Es muß hier allerdings erwähnt werden, daß diese Bestimmung auch von Vertretern des Rechtsgutsgedankens abgelehnt wird; Klee z. B. sagt in Bezug darauf: „Auch der neueren Abstraktion stehen wir vom Standpunkt lebendigen Volksschutzes ablehnend und teilnahmslos gegenüber" [1]).

In diesem Zusammenhang muß auf die Abhandlung Dahms „Der Methodenstreit in der heutigen Strafrechtswissenschaft" [2]) verwiesen werden. Dieser Schrift namentlich war es vorbehalten, den Rechtsgutsbegriff zu bereinigen und das Problem klarzustellen, das in dem jahrelangen Streit, der über den Rechtsgutsbegriff geführt wurde, verwischt worden war. Denn Angreifer und Verteidiger haben zuweilen von verschiedenen Dingen gesprochen. Die Schrift Dahms kann man als Ergebnis des ganzen Streites bezeichnen, als das, was von vorneherein hätte angestrebt werden sollen, worauf sich aber niemand in den polemischen Auseinandersetzungen besann. Was wirklich wesentlich ist, wird hier in knappster und klarster Form zusammengefaßt. Das gerade ist, was bisher fehlte und daraus erwächst auch die deutsche Gliederung im materiellen und methodischen Rechtsgutsbegriff.

1) Deutsches Strafrecht 1936, S. 14.

2) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 57, S. 225 ff.

Die beiden Rechtsgutsbegriffe sind keineswegs neu. Das besondere daran ist die Gegenüberstellung der beiden Begriffe und die sich zwangsläufig daraus ergebende klare Scheidung. Dadurch war es möglich, den Rechtsgutsbegriff wieder in eine leicht zu handhabende Form zu bringen und ihn von gekünstelter Abstraktion zu befreien, wenngleich darin ein Zugeständnis an frühere Generationen, namentlich an v. Liszt, zu sehen ist.

Dahm unterscheidet zwischen einem inhaltlichen und substanzerfüllten Rechtsgutsbegriff einerseits und einem formellen, methodischen Rechtsgutsbegriff andrerseits. Im ersteren Sinn ist das Rechtsgut das durch das Verbrechen verletzte oder gefährdete, durch das Gesetz geschützte Lebensgut, der Zustand, den das Gesetz erhalten will. Rechtsgut in diesem Sinne ist das materielle oder ideelle „Schutzobjekt". So ist das Vermögen das durch Betrug, Erpressung und Untreue, das Wohl des Reiches das durch den Volksverrat gefährdete Rechtsgut.

Daneben wird das Rechtsgut aufgefaßt als „der vom Gesetzgeber in den einzelnen Strafrechtssätzen anerkannte Zweck in seiner kürzesten Formel, nur ein anderer Ausdruck für die ratio legis. Die Frage nach dem geschützten Rechtsgut wird von diesem Standpunkt gleichbedeutend mit der Frage nach dem Zweck der Vorschriften des StGB"[1]). Nach dieser Auffassung würde das Rechtsgut beim Betrug und der Erpressung nicht nur das Vermögen, sondern z. B. auch das „Interesse" am Unterbleiben der betrügerischen oder erpresserischen Handlungsweise, an der Unterdrückung der unrechtmäßigen Bereicherungsabsicht, bei Untreue und Volksverrat auch das an der Bekämpfung einer verräterischen und ungetreuen Gesinnung umfassen. Dahm untersucht dann näher die Brauchbarkeit der beiden Begriffe und kommt zu dem Ergebnis, daß der formelle, methodische Rechtsgutsbegriff überflüssig und schädlich sei, dagegen nützlich und

1) Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 57, S. 237.

notwendig der substanzielle Rechtsgutsbegriff, allerdings mit gewissen Einschränkungen (siehe unten). Wenn auch durch die Schrift Dahms der heftige Streit der letzten Jahre um Berechtigung und Inhalt des Rechtsgutsbegriffs zu einem vorläufigen Abschluß gelangt sein dürfte, ist es dennoch berechtigt, einen kurzen Ueberblick über die einzelnen Auffassungen zu geben.

2. Kapitel. **Die Kritik am Rechtsgutsbegriff.**

Die Kieler Strafrechtsschule hat einen Angriff auf die überkommenen dogmatischen Grundlagen des Strafrechts unternommen und dabei den Rechtsgutsgedanken abgelehnt in der damals neuesten Prägung durch Honig und Schwinge. Schaffstein führt hierzu aus: „Daneben aber stehen die blutleeren Erzeugnisse der Abstraktion, welche wie die Allgemeinbegriffe anderer Rechtsgebiete sich bei näherem Zusehen als Deckmantel für politische Inhalte erweisen, indem sie diesen durch ihre scheinbare Allgemeingültigkeit ewigen Bestand zu verleihen suchen. Zu den Allgemeinbegriffen dieser zweiten Art, deren aufklärerisch-individualistischen Gehalt es zu entlarven gilt, gehört neben dem bereits früher von mir in der DJZ. behandelten „Strafanspruch“ und manchen anderen namentlich auch derjenige Begriff, der seit mehr als einen Jahrhundert den Angelpunkt der gesamten Strafrechtsmethodik gebildet hat, der Begriff des Rechtsguts“ [1]). Welzel schreibt zu diesem Thema: „Wer sich etwas eingehender mit der Entwicklung des Rechtsgutsproblems in neuerer Zeit beschäftigt hat, wird ein ziemliches Unbehagen nicht los. Das Rechtsgut ist zu einem wahren Proteus geworden, der sich unter den Händen, die ihn festzuhalten glauben, sofort in etwas anderes verwandelt“ [2]).

Im nationalsozialistischen Strafrecht kann die Rechtsgüterschutztheorie die systematischen und methodischen Funktionen nicht mehr erfüllen, welche ihr Aufklärung und

1) Deutsches Strafrecht 1935, S. 97.

2) Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft 1938, S. 509.

Liberalismus in ihrem Strafrecht zuerkannt hatten. Auch Freisler lehnt daher diesen Begriff ab: „Dem Einteilungsversuch, der sich danach ausrichten wollte, wem die einzelnen Rechtsgüter zustehen, lehnen wir ab, weil wir den Begriff des Rechtsgutes an sich, wenn er liberalistisch beibehalten wird, verwerfen, im anderen Falle für eine überflüssige und daher unnatürliche Einschiebung halten“ [1]).

Die Argumente, die Schaffstein in seiner Abhandlung „Das Verbrechen als Pflichtverletzung“ aufführt, sind teilweise sehr berechtigt und beachtlich, teilweise aber unbegründet. Ob man die Rechtsgutslehre als Quelle von Trennungen und Zerreißungen hinstellen, ob man sie für die Trennung von Recht und Sittlichkeit verantwortlich machen kann, behauptet Schaffstein zwar, beweist es aber nicht. Daß die Zerlegung eines Delikts in Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld durch den Rechtsgutsbegriff hervorgerufen wurde, wenigstens in entscheidendem Maße, läßt sich wohl kaum bestreiten. Ob man hierbei aber tatsächlich von Zerreißungen sprechen kann, oder von „Hilfsmitteln“ [2]), deren eben jede Wissenschaft unbedingt bedarf, sollte doch näher untersucht werden.

Dahm schreibt hierzu [3]): „Wir glauben also nicht an das Vorhandensein einer rein technischen, gleichsam neben den Werten und Inhalten bestehende Methode, sondern sind davon überzeugt, daß dem Wandel der Rechtsanschauungen auch eine Aenderung und Weiterentwicklung unseres methodischen Denkens entsprechen muß, ja daß die Lehre von der rein juristischen Natur der Methode selbst wieder in bestimmten Weltanschauungen wurzelt“. Die Richtigkeit dieser Auffassung kann kaum bestritten werden. Das Problem hierbei aber ist — und das hat Dahm ja in seinen weiteren Ausführungen bestätigt — festzustellen, wo die heutigen Methoden mit den früheren übereinstimmen, bezw. wo sich beide trennen. Denn daß

1) Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskom., S. 12, 57.
2) Mezger, Leitfaden, S. 46ff.
3) Zeitschrift für die ges. Strafwissenschaft, Bd. 57, S. 228.

eine Uebereinstimmung in vielen Punkten besteht, zeigt die Ueberlegung, daß Gesetze früherer Zeiten auch heute noch gelten und weiterhin noch gelten werden, weiterhin der Vergleich, inwieweit sich neu erlassene Gesetze von denen vergangener Zeiten unterscheiden. Eine gewisse Einseitigkeit hierbei führt zu der „Gefahr, daß das neue Denken sich in einer bloßen Antithetik zum Ueberkommenen erschöpft und damit echte Selbständigkeit versagt bleibt" – eine Klippe die zu umgehen es gilt[1]). Dieser Vorwurf muß den entschiedenen Verfechtern des Treupflichtverletzungsgedankens gemacht werden. Denn im großen und ganzen beschränkt man sich vielfach auf schlagwortartige Aufstellung einzelner Gedankengänge.

Schaffstein stellt beispielshalber fest: „Aehnliche liberale Zerreißungen finden sich im Gefolge der Rechtsgutstheorie im besonderen Teil des Strafrechts"[2]). Daß die Systematik desselben auf dem Rechtsgutsbegrfff aufgebaut ist und seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts durch die Zweiteilung in Verbrechen gegen die Rechtsgüter des einzelnen und gegen solche des Staates charakterisiert ist[3]), ändert nichts daran, daß dies auch unter Beibehaltung des Rechtsgutsbegriffes anders werden kann (siehe unten). Jedenfalls ist aus den Vorschlägen Schaffsteins nicht ersichtlich, ob dadurch eine bessere und natürlichere Systematisierung möglich ist oder ob hier nur ein Begriff durch den anderen ersetzt wird. Eine Gefahr, der offensichtlich auch Frank erliegt, wenn er den Begriff Rechtsgut dadurch umgeht, daß er an dessen Stelle von „Substanzwerten" spricht[4]).

Und wenn weiterhin gesagt wird, daß gerade jene Rechtsgüter des Staates und der Gesamtheit weit mehr als die Rechtsgüter des einzelnen als Ergebnis wirklich-

1) Gallas: Gegenwartsfragen der Strafrechtswissenschaft (Festschrift für Graf Gleispach) S. 50.

2) Deutsches Strafrecht 1935, S. 100.

3) Vergl. dazu Würtenberger, Die Rechtsgüterordnung in der deutschen Strafgesetzgebung seit 1532, S. 149ff.

4) NS. Strafrechtspolitik, S. 22.

keitsfremder Abstraktion und Konstruktion erscheinen, so bleibt es doch unverständlich, weshalb man davor so unendliche Scheu hat. Man kann hier wirklich mit Lobe sagen, daß ein Strafgesetzbuch ja nicht ein Lesebuch für das deutsche Volk darstelle.

Seine Betrachtungen faßt Schaffstein schließlich zusammen: „Die dogmatische Grundlegung des Strafrechts beruht seit Naturrecht und Aufklärung auf der Auffassung, das Verbrechen sei die Verletzung eines subjektiven Rechts, eine Inhaltbestimmung, von welcher der Begriff der Rechtsgutsverletzung nur eine terminologisch-methodische Abwandlung darstellt. Der Neubau des nationalsozialistischen Strafrechtssystems dagegen hat zum Grundstein die Auffassung des Verbrechens als Pflichtverletzung“ [1]). Auf eine eingehende Beweisführung verzichtet man dabei; es werden eigentlich nur zwei Beispiele näher erläutert, die aber wenn man beachtet, daß namentlich das Reichsgericht von jeher eine subjektive Richtung mit wenigen Ausnahmen vertrat, nichts Neues bringen.

Der Begriff der Pflichtverletzung ist weiter ausgebaut und vielleicht genauer als Treupflichtverletzung bezeichnet worden. Nach ihm ist Verbrechen „in seinem tiefsten Kern der innerliche Abfall von der inneren Bindung an die Gemeinschaft, der gesinnungsmäßige Verfall die haltungsmäßige Verneinung von Treue und Ehre“ [2]). In die Treupflicht gegenüber der Volksgemeinschaft eingeschlossen sind die verschiedensten anderen Pflichten, wie die Treupflicht gegen die Familie, die Ehrfurchtspflicht, die Wahrheitspflicht, die Einordnungspflicht usf. [3]). Die Treupflichtverletzung ist umso schwerer zu bewerten, je gemeinschaftswidriger die Einstellung und Gesinnung des Verbrechers ist und je unmittelbarer sich die Pflichtverletzung gegen die Lebensgrundlagen der Volksgemeinschaft richtet [4]).

1) A.a.O. S. 100. 2) Boldt, Deutsches Recht 1937, S. 94.
3) Vergl. Freisler bei Gürtner I, S. 48 und Barth, Deutsches Recht 1935, S. 253.
4) Vergl. hierzu auch Frank, NS. Leitsatze für ein deutsches Strafrecht (S. 20ff.).

Wenn man den Rechtsgutsbegriff in der v. Liszt-Schmidt geprägten und von Dahm fortgebildeten Fassung dem Begriff der Treupflichtverletzung gegenüberstellt, wird man als Unvoreingenommener dem ersteren schon auf Grund größerer Klarheit und Geschlossenheit unbedingt den Vorzug geben müssen. Schon die Tatsache, daß die Treupflichtverletzung in sich die Verletzung vieler anderer Pflichten schließt, erweckt den Eindruck einer gewissen Unbestimmtheit, teilweise einer unübersehbaren Weite. Es ist zweifellos, daß dieser Begriff schon deshalb in seiner Anwendung sich als ungleich schwieriger erweist.

Als erster hat Lobe [1]) hervorgehoben, daß man ohne den Rechtsgutsbegriff nicht auskomme. Selbst Freisler der diesen Begriff entschieden ablehne, verwickle sich dabei in Widersprüche, indem er von „aus dem Neuaufbau des Rechtsgüterschutzes zu ziehenden Folgerungen" spreche. Es wird darauf hingewiesen, daß Mezger feststellt: „Bevor strafrechtliche Sätze aufgestellt werden, muß man wissen, um den Schutz welches Rechtsgutes, um welches Schutzobjekt es sich handelt". Weiter weist Lobe darauf hin, daß jeder der Berichterstatter der amtlichen Strafrechtskommission bestrebt sei, das Rechtsgut zu erkennen, um das Wesen des Delikts zu bestimmen; dabei hat er sich die Mühe gemacht, die verschiedenen Stellen einzeln aufzuführen. Schließlich läuft ja auch die ganze Erörterung Freislers darauf hinaus, wie er schon in der Denkschrift des preuß. Justizministers S. 23 getan hat, die Angriffsgegenstände — also die verletzten Rechtsgüter — scharf zu kennzeichnen, um ihnen eine bessere dem nationalsozialistischen Gefühl angemessenere Bewertung zu geben".

In der viel beachteten Abhandlung über „Das Verbrechen als Rechtsguts- oder als Pflichtverletzung" [2]) nimmt dann Klee zu den Problemen Stellung. Von vorneherein

1) Der Gerichtssaal, Bd. 106, S. 281 ff.
2) Deutsches Strafrecht 1936, S. 1 ff.

stellt er fest, daß es sich bei dem Pflichtverletzungsproblem nicht nur um eine Akzentverlagerung, sondern um den Schwerpunkt des gesamten Strafrechts dreht, „daß es sich nicht bloß um eine andere Gewichtsverteilung, sondern geradezu um eine Revolutionierung des Strafrechts handelt". Den Ausgangspunkt der Lehre Schaffsteins und damals auch noch Dahms sieht er darin, daß der Grundsatz, daß nicht die Tat, sondern der Täter Gegenstand des Strafrechts sei, mißverstanden wurde. „Die Tat kann gar nicht ohne den Täter, ohne Rücksicht auf seine Motive, seine Sinnesart, sein Vorleben gedacht werden". Immerhin aber muß Klee zugeben, daß gewisse Delikte in erster Linie auf die Person des Verbrechers abzielen. Es läßt sich nicht leugnen, daß bei den Amtsdelikten die Pflichtverletzung und damit der Täter selbst in den Mittelpunkt gestellt ist. Auch bei dem Berufs- und Gewohnheitsverbrecher „tritt die Tat mehr oder weniger dem Täter gegenüber in den Hintergrund und wird Art und Maß der Strafe nicht durch die allgemeine Bedeutung des Angriffs auf das Vermögen, die Sittlichkeit, die Körperintegrität entscheidend bestimmt". Weiterhin lehnt Klee entschieden ab, daß sich aus dem Prinzip des Willensstrafrechts folgern läßt, daß das Verbrechen Pflichtverletzung sei. Dies sei eine Folgerung in verkehrter Richtung. „Das Willensstrafrecht ist aber umgekehrt nicht an den Begriff der Pflichtverletzung gebunden, es ist nicht abhängig von dem Gedanken, daß das Verbrechen Pflichtverletzung ist, vielmehr sind die Grundlagen des Willensstrafrechts bereits mit der schon hervorgehobenen kriminalpolitischen Wahrheit gegeben, daß ein möglichst wirksamer Schutz der Lebensbedingungen der Volksgemeinschaft nur dann gewährleistet ist, wenn die Verteidigungslinie des strafenden Staates gegenüber dem Verbrecher vorverlegt wird in das Stadium der deutlichen Entäußerung des verbrecherischen Willens in einem Zeitpunkt, wo der verletzende Erfolg noch nicht eingetreten ist". Der Standpunkt der ganzen Abhandlung ist, um dies kurz

zusammenzufassen, in folgenden Sätzen wohl am deutlichsten zu sehen: „Der Fehler der neuen Lehre besteht darin, daß sie von der Pflichtverletzung ausgeht, statt von der Verletzung des Schutzwertes, wofür man früher Rechtsgut sagte. Denn eine für die Reaktion des Strafrechts in Betracht kommende Pflichtverletzung ist ohne gleichzeitige Verletzung oder Gefährdung eines solchen Schutzwertes gar nicht denkbar. Der Begriff der Pflichtverletzung kann gar nicht ohne Beziehung auf den Verletzten Schutzwert gedacht werden; eine von ihm losgelöste Pflichtverletzung schwebt in der Luft".

Eine weitere Widerlegung wird der Lehre der Kieler Schule durch die Schrift von Schwinge-Zimmerl „Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht" zuteil. Hier wird unter anderem der Einwand Schaffsteins die Rechtsgutslehre gründe „bewußt auf der Vorstellung einer natürlichen und ursprünglichen Individualsphäre"[1]) zutreffend widerlegt und zwar mit dem Hinweis auf Binding, der schon festgestellt hat: „Diese Güter haben alle Sozial-Wert. Auf ihre Unverletztheit muß nicht lediglich dieser oder jener, sondern das ganze lebendige Gemeinwesen Gewicht legen. Deshalb allein finden sie Sozial-Schutz"[2]). Auch der Vorwurf, der Rechtsgutsbegriff entstamme materialistischen Gedankengängen kann durch Schwinge-Zimmerl als widerlegt gelten. „Dieser Einwand ist besonders leicht zu entkräften, weil er schon durch den Sprachgebrauch widerlegt wird, der diese Bezeichnungen auch für ideelle Güter verwendet"[3]). Als Grundtendenz dieses Werkes bezeichnet Dahm[4]) die Ansicht, „daß der sich heute vollziehende Umbruch des Rechtsdenkens das altbewährte System und die überlieferte Vorstellung unberührt gelassen habe".

Hier muß nun nochmals an die oben bereits aufgeführte Abhandlung Dahms[4]) hingewiesen werden. Denn

1) Deutsches Strafrecht, 1935, S. 97.
2) Normen, 1. Bd. 3. Aufl., S. 340f.
3) Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht, S. 72.
4) Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 57, S. 228.

nicht Schwinge-Zimmerl haben den Streit über den Rechtsgutsbegriff abgeschlossen, sondern tatsächlich Dahm, gegen den sich Schwinge-Zimmerl ursprünglich gewendet haben. Auch die Abhandlung Klees ist mehr Streitschrift, die eben einen bestimmten Zweck verfolgt, darüber hinaus aber nicht zu einem eigentlichen Abschluß, zu einer Ausscheidung und Zusammenfassung des angehäuften Materials kommt. Dies getan zu haben, ist unstreitig Verdienst Dahms, wie unten noch besser ersichtlich sein wird.

Durch die aufgeführten Schriften sind die wesentlichsten Gedankengänge, die Schaffstein und ursprünglich auch Dahm ins Feld geführt haben, widerlegt. „So erweist sich der richtig verstandene Rechtsgutsbegriff allen Anfeindungen zum Trotz auch heute noch als grundlegend und unentbehrlich. Die nationalsozialistische Rechtsgutsidee gibt ihm eine Zielsetzung, die bei gleichbleibender Methode völlig andere Inhalte liefert". Schwinge-Zimmerl suchen dies im einzelnen nachzuweisen [1]). Neue Gesichtspunkte werden dabei allerdings nicht gebracht. Interessant in diesem Zusammenhang ist eigentlich nur die Darlegung, daß und wieweit die subjektive Auslegungsmethode auch den Rechtsgutsbegriff erfaßt hat. Auf die anderen Erörterungen genügt in diesem Rahmen verwiesen zu haben.

Das Ergebnis dieser Betrachtungen kann dahin gehend zusammengefaßt werden, daß auch beim heutigen Stand der Strafrechtswissenschaft, der Rechtsgutsbegriff ohne Bedenken und vor allem ohne Gefahr in veraltete Methoden einzumünden, angewandt werden kann, ja wohl muß [2]). Auch die Vertreter der Kieler Strafrechtsschule mußten zugeben, daß die Rücksicht auf die Verschiedenheit der Angriffsobjekte des Verbrechens nicht völlig ausgeschlossen seien [3]). So sagt Schaffstein unter anderem:

1) A.a.O., S. 72ff.

2) Vergl. Hellmuth Mayer, Das Strafrechts d. dtsch. Volkes, S. 96.

3) Schaffstein, Das Verbrechen als Pflichtwidrigkeit, S. 21f.

„Auch in den folgenden Ausführungen soll natürlich nicht in Zweifel gestellt werden, daß es eine wesentliche Aufgabe des Strafrechts ist, gewisse für die Gemeinschaft besonders bedeutsame Werte zu schützen“ [1]).

Wenn im Folgenden der Rechtsgutsbegriff angewandt wird, dann immer in dem Sinne wie in v. Liszt-Schmidt darlegt. Damit stimmt überein die Begriffsbildung von v. Hippel und M.E. Mayer und, wenn man mit Klee den Streit zwischen v. Liszt und Frank, ob man Rechtsgut und Interesse identifizieren könne als bloßen Wortstreit ansieht, auch die von Frank und Mezger. Auch der substanzerfüllte Rechtsgutsbegriff, wie ihn Dahm prägt, deckt sich im Wesentlichen damit.

Es wurde schon am Anfang dieser Betrachtungen festgestellt, daß die Kieler Strafrechtsschule neben zu radikalen Einwendungen doch auch berechtigte gebracht hat. Es darf nicht verkannt werden, daß gerade durch die Darlegungen Dahms und Schaffsteins der Verbrecher als solcher in den Mittelpunkt der Betrachtungen gerückt wird, wenngleich hierbei nicht immer das richtige Maß gefunden wird. „Die Lehre vom Verbrechen als Pflichtverletzung enthält im Grunde die gleiche Einseitigkeit wie die vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung“ [2]). Allein gegen die Tendenz, „den Wesensgehalt des Verbrechens auf einen Nenner zu bringen“, wendet sich Gallas [3]). Es geht nicht an ein Strafrecht lediglich auf den Willen des Täters aufzubauen. Denn dieser kann ja nur dann erkannt werden, wenn er auf einen bestimmten Schutzwert gerichtet ist. Wenn die Verteidigungslinie gegen den verbrecherischen Willen „vorverlegt wird“, so ist damit noch keine Reform des heutigen Strafrechts eingetreten, vor allem anbetrachts der von jeher subjektiven Einstellung des Reichsgerichts. Immerhin aber ist der Wille des Verbrechers stets beachtlich. Dies haben ausgesprochene

1) Deutsches Strafrecht 1935, S. 98.
2) Gallas, a.a.O., S. 68.
3) Gallas, a.a.O., S. 67.

Vertreter des Rechtsgutsgedankens wie Schwinge übersehen. Die Ansicht, daß das Verbrechen sich in der Rechtsgutsverletzung erschöpfe, kann nur als verfehlt bezeichnet werden. „Bei der Wesensbestimmung des Verbrechens ist das in den Gemeinschaftszwecken enthaltene Wertmaß nicht zu entbehren. Zugleich hat sich jedoch dieser Maßstab, für sich genommen, als unzulänglich erwiesen“ [1]). Wenn man bei Betrachtungen dieser Art allein vom Besonderen Teil des Strafgesetzbuches ausgeht, kann man zu derart einseitigen Ergebnissen kommen; denn der besondere Teil stellt eben einzelne Tatbestände nebeneinander unter dem Gesichtspunkt der Wertbeziehung der einzelnen Rechtsgüter. Der verbrecherische Wille ist aber zur Verwirklichuug jedes Tatbestandes notwendig. Bestimmungen darüber sind daher im besonderen Teil auszuscheiden, d. h. in dem allgemeinen Teil aufzunehmen. Im geltenden Recht fehlt eine derartige Vorschrift und das ist nach heutiger Anschauung ein bedeutender Mangel. Wenn Klee [2]) sagt: „Für uns ist es selbstverständlich, daß das Primäre für den Strafgesetzgeber aller Zeiten die verschieden große Schutzbedürftigkeit der von ihm als Werte zu schützenden Angriffsobjekte ist und daß erst aus dieser Verschiedenheit sich eine Abstufung auch der mit dem Angriff verbundenen Pflichtverletzung ergibt“, so wird damit noch nicht abgestritten, daß auch der verbrecherische Wille stets zu berücksichtigen sei. Klee propagiert im Folgenden dann ja selbst das Willensstrafrecht. Immerhin ist aber mit einem derartigen Ausbruch die äußerste Grenze erreicht. Es bedarf nur eines kleinen Mißverständnisses, um von hier aus zu den Ansichten Schwinges zu kommen.

In seinem Kampf gegen den Rechtsgutsbegriff weist Schaffstein [3]) daraufhin, daß die Bestrafung des ungefährlichen untauglichen Versuchs im Sinne der reichsgericht-

1) Gallas, a.a.O., S. 67. 2) Deutsches Strafrecht 1936, S. 3.
3) Deutsches Strafrecht 1935, S. 102. Vergl. hierzu Gallas, a.a.O., S. 52.

lichen Theorie sich materiall weder als eine Rechtsgutsverletzung noch als eine Rechtsgutsgefährdung erklären läßt. Es kann hier, um Wiederholungen mit späteren Erörterungen zu vermeiden, auf die 3 verschiedenen Theorien über den untauglichen Versuch nicht eingegangen werden. Immerhin ist aber gleich hier festzustellen, daß dieser Einwurf Schaffsteins durchaus berechtigt ist. Eine Verletzung eines Rechtsgutes liegt nicht vor; denn darin liegt ja das Wesen des untauglichen Versuchs. Aber auch von einer Gefährdung kann man nicht sprechen. Von diesem Gesichtspunkt aus wollen auch die Aeußerungen Klees [1]) aufgefaßt werden, „daß hier nur der Angriff auf die Friedensordnung bestraft wird, die abstrakte Gefährdung der Rechtsordnung; aber dieser Angriff kann gar nicht gedacht werden, ohne die Beziehung auf die Güter, die verletzt, mindestens gefährdet worden wären, hätte es sich um einen tauglichen Versuch gehandelt. Es bestände kein Interesse der Volksgemeinschaft daran, hier lediglich eine pflichtvergessene Gesinnung zurückzuweisen, stände nicht hinter dieser Zurückweisung das Interesse an der Erhaltung der Rechtsgüterwelt". Diese Ansichten sind zweifellos richtig; sie gehen aber auf den Kernpunkt der Sache nicht ein. Denn das primäre ist hier nicht der Schutz eines Rechtsgutes (vergl. oben), sondern der verbrecherische Wille. Dieser Wille ist zwar durch das Vorhandensein eines Rechtsgutes bedingt, aber durch das Rechtsgut wird nicht die Bestrafung bezweckt, sondern nur ein Maß dafür gesetzt. Gerade dadurch wird augenscheinlich gezeigt, daß das Verbrechen sich immer aus zwei Komponenten zusammensetzt, nämlich der Rechtsgutsverletzung als solcher und dem hierauf gerichteten verbrecherischen Willen [2]). Dabei wird meist das entscheidende Gewicht der Rechtsgutsverletzung zuzuschreiben sein, in selteneren Fällen dem verbrecherischen Willen.

1) Deutsches Strafrecht 1936, S. 3.

2) Aehnlich Erik Wolf, Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht 1936, S. 358 ff. (360).

Es kann aber keiner der beiden Faktoren ausgeschaltet, keiner ohne den anderen bei der Verbrechensbeurteilung betrachtet werden. Man könnte hier von einem dualistischen Verbrechensbegriff sprechen.

„Was folgt aus all dem für die Wesensbestimmung des Verbrechens? Zunächst, daß der Gesichtspunkt der Rechtsgutsverletzung hierfür nicht ausreicht; daß es vielmehr darüber hinaus der Besinnung auf die durch das Verbrechen verletzte Pflicht gegenüber der Gemeinschaft und die sich im Verbrechensbegriff enthüllende gemeinschaftsfeindliche Gesinnung bedarf“ [1]). Das entscheidende hierüber hat Dahm festgehalten, und zwar in der oben des öfteren erwähnten Abhandlung. In der Zusammenfassung des gesamten Materials ist die Bedeutung dieser Schrift zu sehen, weniger darin, daß hier von einem substanzerfüllten Rechtsgutsbegriff gesprochen wird. Von dem letzteren Begriff ausgehend, weist Dahm darauf hin, daß der Rechtsgutsbegriff allein nicht das Wesen des Verbrechens ausschließlich bestimmen kann, auch wenn man das Rechtsgut als einen gemeinschaftserfüllten Begriff auffassen will. Die meisten Delikte verletzen bestimmte Schutzobjekte. „Der Mord richtet sich gegen das Leben, die Beleidigung gegen die Ehre, der Betrug verletzt das Vermögen, der Diebstahl das Eigentum usw. Das gilt auch für die Verratsdelikte: so ist der Volksverrat ohne seine Richtung gegen das Wohl des Reiches — man mag hier nur im einzelnen den Erfolg oder die objektive Gefährdung verlangen oder den Schwerpunkt auf die subjektive Seite verlegen — überhaupt nicht verständlich. Wieweit man das Wort „Rechtsgut“ auch dort anwenden will, wo das Schutzobjekt weniger substanzerfüllt ist, wie etwa bei der Tierquälerei oder bei den Sittlichkeitsverbrechen, das scheint mir eine Frage des sprachlichen Ausdrucks zu sein“. Zusammenfassend wird dann festgestellt, daß der Schutz des Rechtsgutes nicht der einzige und nicht immer der entscheidende Gesichtspunkt, sondern

1) Gallas, a.a.O., S. 52/53.

einer unter mehreren sei. „Gegen die Verkennung dieses Sachverhalts, d. h. gegen die einseitige Uebertonung des substanziellen Rechtsgutsbegriffes im Sinne des Schutzobjektes richtet sich der Angriff gegen das „Rechtsgutsdenken", nicht gegen den Rechtsgutsbegriff selbst" [1]).

Aehnliche Gesichtspunkte brachte früher schon Hellmuth Mayer [2]). Er stellt fest, daß der Besondere Teil des Strafgesetzbuches sich nur unter dem Gesichtspunkt des Rechtsgüterschutzes erfassen läßt, daß damit das für das Verbrechen allein Wesentliche aber noch nicht gesagt ist. „Wenn man das Verbrechen bereits als Rechtsgüterverletzung erschöpfend definiert zu haben glaubt, so verkennt man, daß das Verbrechen wesentlich Verwirklichung des bösen Willens ist. Die Verwerflichkeit des Willens und die Erheblichkeit seiner Betätigung bestimmen sich nicht nur nach der Angriffsrichtung, sondern im gleichen Maße auch nach der Art und Weise der Ausführung. Es kann also bereits der objektive Tatbestand nicht einfach als Rechtsgutsverletzung beschrieben werden. Ebenso erfordert der richtige Verbrechensbegriff, daß von vornherein die subjektive Seite mit dem gleichen Schwergewicht betont wird. Eine Ueberschätzung der Bedeutung der Rechtsgüterverletzung führt zu einer unzulässigen Unterbewertung der Innenseite der Tat" [2]).

Dieser Standpunkt ist aber gerade für das Einwilligungsproblem von besonderer Tragweite. Er ist bisher nie beachtet worden. Darin ist auch der Grund zu sehen, daß man gerade diesem Problem bis heute mehr oder weniger skeptisch gegenübersteht, befürchtend man könne dadurch ins Uferlose sich verlieren. Wo man dennoch das Problem zu lösen versuchte, hat man sich meist auf einzelne Tatbestände beschränkt oder wie Honig stark auf das richterliche Ermessen abgestellt, womit das Problem aber doch mehr oder weniger umgangen wurde.

1) Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft, Bd. 57, S. 235.
2) Das Strafrecht des deutschen Volkes, S. 95.

II. Abschnitt.

Einwilligung und Rechtsgut.

3. Kapitel. Träger der Rechtsgüter.

Es wurde bereits festgestellt, daß es Probleme im Strafrecht gibt, die sich ohne Zuhilfenahme des Rechtsgutsbegriffes nicht ohne weiteres lösen lassen (die Bestrafung unbewußt fahrlässiger Delikte, erhöhte Strafe bei erfolgsqualifizierten Straftaten). In besonders hohem Maß gilt dies für das Problem der Einwilligung. Denn mit dem Rechtsgut ist unlöslich immer ein Träger desselben verbunden[1]). Diesem gegenüber tritt der Täter, dessen Tat durch die Einwilligung gerechtfertigt wird (ich unterstelle vorerst die geltende Ansicht). Man kann hier gleichsam von einer Einheit, wenn auch nur rein vorstellungsmäßig, sprechen. Mit einem Delikt zwangsläufig verbunden ist die Vorstellung eines Verletzten. Ganz anders ist dies bei der Treupflichtverletzung. Hier wird das ganze Delikt gleichsam auf den Täter zurückgedrängt, auf ihn konzentriert. Der Täter begeht ein Delikt; das steht natürlich sofort fest; aber erst in zweiter Linie kommt der Gedanke, gegen wen dieses Delikt begangen wurde. Der Täter wird gleichsam isoliert, nicht von der Tat, wohl aber vom Verletzten. Gerade das widerspricht dem Problem der Einwilligung. Denn ein gewisser, wenn auch nur gedanklicher Zusammenhang besteht zwischen dem zu Verletzenden und dem Täter.

Es muß davon ausgegangen werden, daß dem einzelnen Rechtsgüter zustehen, die nur ihm zustehen. Allerdings sind sie ihm nicht um seinerselbst willen zuerkannt. Er hat sie nur im Rahmen von Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft. In diesem Sinne sagt Berges[2]): „Der Rechtsgutsbegriff ist auch heute nicht überholt. Er ist aber, was die Vergangenheit verkannt hat, ein durch

1) Vergl. Eichler, Handeln im Interesse des Verletzten, S. 1.
2) Deutsches Strafrecht 1935, S. 445.

und durch politischer, d. h. gemeinschaftsbezogener Begriff“ [1]). Und diese Pflichten hat man in unzutreffender Umkehrung als Rechtsgüter der Volksgemeinschaft angesprochen. Es ist hier aber nur eine analoge Entwicklung zu sehen, die auch der Eigentumsbegriff mitgemacht hat [2]). Wenn man sagt, das Privateigentum bleibe bestehen, sei aber in Pflichten gegenüber der Volksgemeinschaft eingebettet, so heißt das noch lange nicht, daß an Sachen des einzelnen die Volksgemeinschaft Miteigentum habe. Diese Pflichten sind bei den beweglichen Sachen weniger stark, bei Grundstücken mehr ausgeprägt und umfangreicher. Typisches Beispiel hiefür ist der Erbhof. Hier hat die Gemeinschaft kein „Obereigentum“, sondern der Gemeinschaft gegenüber bestehen erhöhte Pflichten [3]).

Denkbar wäre natürlich auch ein Miteigentum der Gemeinschaft; aber die nationalsozialistische Weltanschauung lehnt dies bewußt ab. Hier gilt es genau zu unterscheiden und eine Grenze zu ziehen, wo die Pflichten, die ein einzelner einem anderen gegenüber hat, in Rechte des andern übergehen. Bei dem mehr oder weniger aprioristischen Eigentumsbegriff hat man diese Grenze gefunden; bei dem wohl abstrakteren Rechtsgutsbegriff aber hat man sie überschritten. Die Einwilligung in eine Körperverletzung könnte nie erheblich sein, wenn neben dem Rechtsgut des Verletzten auch ein Rechtsgut der Allgemeinheit verletzt würde (siehe unten). — Es handelt sich hier allein um das Rechtsgut eines einzelnen. — Diese Einwilligung muß aber nicht immer erheblich sein und ist es meist auch wahrscheinlich nicht. Denn wenn der Einwilligende gegen seine Pflichten gegenüber der Gemeinschaft verstößt, so ist die Einwilligung unerheblich, sittenwidrig wie § 226a StGB. feststellt.

1) Vergl. auch Klee, Deutsches Strafrecht 1936, S. 14.
2) Vergl. Wieacker, Wandlungen der Eigentumsverfassung, S. 24 ff.
3) Siehe Schapp, Das Reichserbhofrecht, S. 17; Stoll, Deutsches Bauernrecht, S. 40.

Eine weitere Widerlegung oben gekennzeichneter Auffassung zeigt sich aber auch darin: Gegen jeden Angriff auf ein Rechtsgut ist, Rechtswidrigkeit vorausgesetzt, Notwehr zulässig. Es ist aber nicht einzusehen, weshalb nur dem einen Rechtsgutsträger ein Notwehrrecht zustehen sollte, dem anderen dagegen nicht. So müßte also bei jeder Verletzung eines Rechtsguts dem Staat, d. h. dem Führer ein Notwehrrecht zustehen (vergl. hierüber unten). Es handelt sich hier um Notwehr, nicht um Nothilfe. Ich glaube dabei bedarf es keiner weiteren Beweisführung. Es hieße denn doch den Begriff der Staatsnotwehr ins Lächerliche ziehen. Wenn man demnach feststellt, daß auch dem einzelnen Rechtsgüter im Rahmen der ihm der Volksgemeinschaft gegenüber auferlegten Pflichten zustehen, so wird sich dagegen wohl nichts einwenden lassen. In diesem Sinne soll der Begriff hier auch aufgefaßt werden.

Schon Birnbaum teilt die Rechtsgüter in solche der Gesamtheit (des Staates bezw. der Gesellschaft) und solche des einzelnen ein. Die Anordnung der einzelnen Delikte im besonderen Teil des Strafgesetzbuches geht darauf zurück, wenngleich man hierbei nicht immer eine glückliche Hand hatte. An dieser Einteilung wird man grundsätzlich festhalten müssen. Allerdings ist darüber hinaus eine feinere Aufgliederung vorzunehmen. Wie oben dargelegt wurde, muß man auch heute noch von Rechtsgütern des einzelnen sprechen[1]). Darüber hinaus sind aber auch die juristischen Personen, soweit sie mit dem Staat nicht identisch sind, Träger von Rechtsgütern; weiterhin aber auch Erscheinungen, die man heute als Gemeinschaften bezeichnet. Das galt, wenn auch nicht ganz in diesem Sinne bisher schon für die in §§ 196, 197 StGB. aufgeführten Behörden und politischen Körperschaften. Sie wurden als Träger einer eigenen Ehre angesehen. Die neuere Rechtsprechung und Wissenschaft

1) Vergl. H. Mayer, a.a.O., S. 96: „Gewiß ist der Begriff des Rechtsgutes gerade da als Grenzbegriff von besonderem konstruktiven Wert, wo ein Individualinteresse geschützt ist".

erkennt darüber hinaus schlechthin an, daß auch Personengesamtheiten beleidigt werden können und daß namentlich Gemeinschaften, die vom Recht anerkannt und der Erfüllung öffentlicher Aufgaben zu dienen bestimmt sind, hinsichtlich des Ehrenschutzes den Behörden und politischen Körperschaften im Sinne des § 197 gleichgestellt werden müssen[1]). Eine genaue Bestimmung dieser Gemeinschaften hat bisher allerdings noch nicht stattgefunden. Man rechnet hierzu vor allem die örtlichen Untergliederungen der NSDAP. ihrer Gliederungen und und der ihr angeschlossenen Verbände[2]), ferner beispielshalber den Anwaltsstand, die technische Nothilfe, das Deutsche Rote Kreuz, die NSV., die Gemeinschaft „Kraft durch Freude", die Betriebsgemeinschaft eines Unternehmens (§ 1 AOG.) usw.[3]). Man ist auch geneigt die Familie in den Kreis dieser Gemeinschaften aufzunehmen[4]).

Allerdings darf man auch hierbei nicht zu weit gehen. So sind z. B. Aktiengesellschaften, gewisse Typen von Vereinen und anderes mehr keine Gemeinschaften. Damit darf man aber nicht zu dem Fehlschluß kommen, sie seien überhaupt nicht Träger eigener Rechtsgüter. Denn wenn sie auch nicht Träger einer eigenen Ehre sind, so sind sie doch Träger anderer Rechtsgüter wie Vermögen usw. An dieser Stelle ist auch der Staat als Rechtsgutsträger aufzuführen. Und zwar ist hier vom Staatsbegriff im engeren Sinn auszugehen, d. h. vom Staat als Teil der Gesamtorganisation, von der Staatsperson als solcher[5]); von ihm gilt das gleiche wie für die oben erwähnten juristischen Personen. Der Staat ist darüber hinaus aber auch eine Gemeinschaft im oben gebrauchten Sinne (vergl. hierzu §§ 90 f., 131 StGB. und § 1 des Gesetzes gegen heimtückische Angriffe auf Staat und Partei und zum Schutz der Parteiuniformen vom 20. 12. 34).

---

1) Dahm in Festschrift für Graf Gleispach, S. 1 ff. (23/24).
2) Vergl. Deutsches Strafrecht 1937, S. 263.
3) Vergl. Freisler, Das neue Strafrecht, S. 101 ff.
4) Dahm. Juristische Wochenschrift 1936, S. 2497.
5) Vergl. Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, S. 24/25.

Damit blieben aber immer noch Rechtsgüter übrig, die man sozusagen als herrenlos bezeichnen müßte; z. B. die im § 175 StGB. § 2 Blutschutzgesetz geschützten. Es kann sein, daß, um die Frank'sche Terminologie zu gebrauchen der einzelne an dem Rechtsgut gar kein Interesse hat; der Entartete beispielsweise. Diese Begriffe werden in dem Empfinden des artgemäß Denkenden gebildet; sie können immer nur aus einer größeren blutsmäßig zusammengehaltenen Gemeinschaft (Unterschied zu oben) erwachsen. Diese Gemeinschaft ist die Volksgemeinschaft. Rein gedanklich ist es durchaus möglich, auch sie sich als Träger eigener Rechtsgüter vorzustellen. Für die weiteren Betrachtungen kann dies nicht genügen. Die Volksgemeinschaft als Summe aller Volksgenossen ist im eigentlichen Sinn des Wortes handlungsunfähig und gerade darauf kommt es bei dem Problem der Einwilligung in hervorragendem Maße an. Man muß davon ausgehen, daß die Volksgemeinschaft heute beim Führer kulminiert. Er ist ihr Repräsentant und gleichzeitig der Wahrer ihrer Werte. Es wäre verfehlt, Führer und staatliche Organisation hier gleich zu setzen. Andererseits muß aber auch vermieden werden, im Führer in diesem Zusammenhang die Einzelpersönlichkeit zu sehen[1]). Das Ergebnis ist dahingehend zusammenzufassen, daß auch die Volksgemeinschaft und zwar über den Führer handlungsfähig im weiteren Sinne des Wortes ist. Hierzu führt Huber[2]) aus: „Der Führer ist Träger des völkischen Willens; . . . in seinem Willen tritt der Volkswille in Erscheinung. Sein Wille ist nicht der subjektive individuelle eines für sich stehenden Menschen, sondern in ihm verkörpert sich der Gesamtwille des Volkes als objektiv geschichtliche Größe".

Es gilt nun, das Verhältnis zwischen dem Rechtsgut und seinem Träger noch näher zu kennzeichnen. Zur Erläuterung des Rechtsgutsbegriffes führt Mezger folgende Beispiele auf: „Rechtsgut des § 242 StGB. ist nicht die

1) Vergl. Koellreutter, Deutsches Verfassungsrecht, S. 137.
2) Verfassung, S. 91.

Sache, sondern das Eigentum an der Sache und dieses wiederum nicht als formeller Rechtsbegriff, sondern als wirtschaftlicher Wert: Diebstahl ist daher nicht nur die Entziehung einer Sache ihrer Substanz nach, sondern auch die Entziehung der Sache ihrem wirtschaftlichen Werte nach. Rechtsgut des § 292 StGB. ist das ausschließliche Aneignungsrecht des Jagdberechtigten an dem Wild und seinen Teilen ... Betrug im § 263 StGB. ist seinem Wesen nach ein Vermögensverschiebungsdelikt, sein Rechtsgut also die von Täuschung freie Verfügung des Vermögensberechtigten über sein Vermögen ... Rechtsgut der Erpressung im § 253 StGB. ist die Vermögensverschiebung des Berechtigten frei von verkehrswidriger Drohung (!) ... Rechtsgut der Hehlerei des § 259 StGB. ist das Vermögen„ [1]). Dieser Abschnitt wurde in seiner ganzen Länge zitiert, weil man erstlich in den Lehrbüchern von Hippel, Allfeld, Köhler usw. eine derartige Einzelaufführung nicht findet und sich daraus eine wichtige Feststellung treffen läßt. Es werden hier nur immer solche Delikte aufgezählt, bei denen anscheinend nur ein Rechtsgut verletzt werden kann. Dies führt leicht zur Verallgemeinerung. Dieser Gefahr ist man oft, wenn auch unbewußt erlegen. Eine Feststellung Joskis ist hierfür bezeichnend: „Darnach ist auch denkbar, daß ein Delikt sich gegen mehrere verschiedenartige Rechtsgüter richtet. Der Raub ist z. B. zunächst (— was heißt das? —) ein Verbrechen gegen das Eigentum, dann aber auch gegen die persönliche Freiheit“ [2]). Auffallend ist hier die Inkonsequenz, mit der man zu Werke geht. Im ersten Satz wird festgestellt, es sei denkbar, d. h. es könne sein, daß irgend etwas so und so ist; im nachfolgenden Satz wird gleichsam in Widerspruch hierzu festgestellt, daß es nicht nur so sein könne, sondern auch tatsächlich so ist. Das ist oft zum Verhängnis geworden. Wenn hier Unklarheiten auftreten und nicht eine ganz entschiedene Stellung-

1) Lehrbuch, S. 214.

2) Die Einwilligung des Verletzten, S. 12.

nahme erfolgt, kann man zum mindesten einen Teil aller Arbeit als von vorneherein vergeblich bezeichnen. Deshalb muß als Grundsatz für alle weiteren Ueberlegungen aufgestellt werden: In einem strafrechtlichen Tatbestand wird entweder nur ein Rechtsgut oder es werden mehrere Rechtsgüter zusammengefaßt geschützt.

Der Rechtsgüter-Katalog Mezgers ist daher insoweit zu ergänzen bezw. zu berichtigen, als auch Delikte aufzuführen sind, die mehrere Rechtsgüter schützen. So wird z. B. im § 164 StGB. nicht nur die Unversehrtheit des einzelnen im Sinne seines guten Rufes geschützt, sondern damit unlöslich verbunden die Rechtssicherheit im Sinne eines reibungslosen Ablaufs der Behörde. Das Wegfallen des einen oder anderen Merkmals würde bedeuten, daß der Tatbestand dieses Delikts überhaupt nicht mehr erfüllt sein kann. Das kann als Grundsatz für alle weiter zu betrachtenden Fälle angesehen werden. § 249 StGB. stellt wie bereits erwähnt, ein Verbrechen gegen das Eigentum und gleichzeitig gegen die persönliche Freiheit dar. In § 218 Abs. IV. StGB. wird einerseits geschützt das Leben des werdenden Kindes, andererseits die körperliche Unversehrtheit der Mutter[1]). Hier sind also die Rechtsgüter der §§ 211, 212 StGB. mit dem Rechtsgut der §§ 223f. verknüpft. Im § 253 StGB. ist die persönliche Freiheit (§ 240) geschützt und das Vermögen. So könnte man diese Aufzählung beliebig fortsetzen. Interessant ist es sicher noch in diesem Zusammenhang die §§ 175, 175a StGB. näher zu betrachten. Im § 175 wird als Rechtsgut das gesunde sittliche Empfinden der Volksgemeinschaft geschützt[2]). Der Fall, daß ein Mann einen anderen, der sich in einem willenlosen oder bewußtlosen Zustand befindet, zu homosexuellen Handlungen mißbraucht, würde ein Delikt, das gegen 2 Rechtsgüter verstößt, darstellen: gegen das sittliche Empfinden (wie oben) und gegen die

1) RG. 61 253.
2) RG. 70, 283.

Ehre des Einzelnen. Dieser Fall ist im Gesetz zwar nicht geregelt; er ist aber durchaus möglich und wäre, was allerdings erst eingehender Ueberlegung bedürfte, mit Hilfe der Analogie (§ 2 StGB.) über § 176 Ziff. 2 gelöst werden. § 175a Ziff. 1 und 2 schützt 3 Rechtsgüter: das sittliche Empfinden, die Ehre des einzelnen und weiterhin dessen Willensfreiheit. Denkbar wäre auch folgender Fall bei einem Verbrechen nach § 175a Ziff. 1 oder 2 steckt der syphilitisch erkrankte Täter den Verletzten an. Nach geltendem Recht wäre hierin ein Verstoß gegen zwei Strafgesetze zu erblicken: gegen § 175a StGB. und unter Umständen gegen das Gesetz zur Bekämpfung der Geschlechtskrankheiten; man müßte also mit Idealkonkurrenz arbeiten. Es wäre aber durchaus vorstellbar, daß hieraus ein besonderer Tatbestand gebildet würde, in welchem dann eine Verletzung von vier verschiedenen Rechtsgütern erfolgte.

Weiterhin gibt es aber auch Fälle — wenn auch nicht in großer Anzahl — wo ein Rechtsgut mehreren Trägern zusteht. Bei Miteigentum, Mitbesitz beispielshalber. Hier ist das Rechtsgut, wenn man es in analoger Anlehnung an das BGB. als „Gesamthandsrechtsgut" bezeichnen darf, in den ausschließlichen Willensbereich mehrerer gerückt. Analog ist es bei den Rechtsgütern, die einer Gemeinschaft zustehen (siehe oben). Nur ist hier diese Frage insofern von untergeordneter Bedeutung, als für die weiteren Ueberlegungen die Tatsache, daß Gemeinschaften Rechtsgutsträger sein können, genügt. Bei einem Verband von Miteigentümern würde hier aber eine Lücke entstehen, da man diesen eben nicht unter allen Umständen als Gemeinschnft ansehen kann.

4. Kapitel. **Folgerungen in Bezug auf das Einwilligungsproblem.**

Wenn nun Allfeld[1]) feststellt, daß maßgebend ist, ob die Rechtsordnung ein Gut ausschließlich im Interesse

1) A.a.O., S. 142.

des einzelnen, dem es zunächst zusteht, oder zugleich auch (das ist allerdings unklar) im Interesse der Allgemeinheit schützt, die Frage nach der Natur der betreffenden Verbrechensarten zu beurteilen sei, so sollte man glauben, damit bereits zu einem befriedigendem Ergebnis gekommen zu sein. Sieht man aber näher zu, so kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, daß damit doch nicht viel erreicht ist. Dem ist es wohl auch zuzuschreiben, daß Frank[1]) sagen konnte: „Sicher ist von vorneherein soviel, daß die Frage der Einwilligung nicht bei allen Delikten auftreten kann". Woran liegt das? Ich glaube, man geht dabei von dem oben schon angeführten Satz v. Hippels aus: „Wo das Privatinteresse im Vordergrund steht, schließt die Einwilligung des Verletzten grundsätzlich die Rechtswidrigkeit aus; Wo Interessen Dritter oder öffentliche Interessen entscheidend mitsprechen, bleibt Rechtswidrigkeit trotz Einwilligung bestehen"[2]). Wenn man sich an den vor v. Liszt-Schmidt aufgestellten und v. Hippel anerkannten Rechtsgutsbegriff erinnert, so heißt das mit anderen Worten: die Einwilligung in die Verletzung eines fremden Rechtsguts ist unerheblich. Das ist eine Selbstverständlichkeit und hätte nicht besonders gesagt zu werden brauchen. In dem Zusammenhang in dem von Hippel das feststellt, ist es aber geradezu fasch. Den gleichen Irrtum treffen wir wiederum bei Welzel[3]): „Hierfür können natürlich nur solche Delikte in Frage kommen, bei denen tatbestandsmäßig die Verletzung von Einzelinteressen im Vordergrund steht, nicht solche, bei denen Allgemeininteressen unmittelbar betroffen werden, da hierüber der Einwilligende nicht verfügen könnte". Bei Interessen irgendwelcher Art darf — von einer einzigen Ausnahme abgesehen — nie der Gedanke an eine Einwilligung im Sinne der Einwilligung eines Dritten, eines

1) A.a.O. Abschnitt III vor § 51.

2) A.a.O. S. 243.

3) Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, S. 55.

vollkommen abseits stehenden, hereingebracht werden. Das muß zu Fehlschlüssen führen. Richtig ist vielmehr wie M. E. Mayer sagt[1]): „Zunächst dann die Verletzung, gleichviel wer sie ausführt, nicht fremde Rechtsgüter in Mitleidenschaft ziehen, da sonst die Idee einer Wahrung berechtigter Interessen nicht zutrifft." In diesem engen Rahmen ist auch richtig, wenn Klee ausführt: „Das Problem der Einwilligung kann nur dann auftauchen, wenn von vorneherein klar ist, daß unmittelbares Schutzobjekt des Tatbestands der einzelne und nur er ist"[2]). Und nun ein Beispiel, das auf die weiteren Erörterungen wie zugeschnitten paßt: „Der Träger eines Namens kann nicht wirksam in den Gebrauch seiner Unterschrift willigen, wenn die Gefahr einer Täuschung im Verkehr in Frage kommt, gegen die sich die Strafbestimmung über Urkundenfälschung wendet"[2]). Etwas weiterfassend führt v. Olshausen aus[3]), daß für den Ausschluß der Rechtswidrigkeit in Frage komme „die seitens des alleinigen Trägers eines Rechtsgutes selbst und die mit seiner Einwilligung seitens eines anderen vorgenommene Verletzung desselben, beides vorbehaltlich der positiv rechtlich getroffenen Ausnahmen. Dabei ist aber Voraussetzung einmal, daß dem einwilligenden Verletzten die Verfügung über das verletzte Rechtsgut eingeräumt ist".

Die Folgerung, daß wenn der eine Rechtsgutsträger in die Verletzung seines Rechtsgutes einwilligen kann, es nicht einzusehen ist, weshalb der andere dies nicht können soll, hätte nun doch kommen müssen. Denn wenn der einzelne in die Verletzung seines Rechtsgutes einwilligen kann, warum soll nicht auch die juristische Person bei den ihr zugebilligten Rechtsgütern, vor allem beim Vermögen, tun können, weshalb soll dies nicht auch der Volksgemeinschaft, repräsentiert durch den Führer, zustehen? Vom rein logischen Standpunkt ist dagegen gar

1) Lehrbuch, S. 288.
2) Das kommende deutsche Strafrecht, S. 87.
3) Anm. 10 vor § 51.

nichts einzuwenden. Denn warum sollte z. B. der Machthaber nicht in ein Rassedelikt, in einen Landes- oder Hochverrat — besondere Umstände vorausgesetzt — siehe unten — einwilligen können? Daß dies in der Praxis meist unmöglich sein wird, kann und darf nicht über diesen rein abstrakten Gedankenschluß hinwegheben. Denn wenn dies in der Praxis nie vorkommen wird, so ist das nur Beweis dafür, daß Führerwille und gesundes Volksempfinden sich decken, ja decken müssen. Damit steht für's erste der Satz fest: Jeder Rechtsgutsträger kann in die Verletzung der ihm zuerkannten Rechtsgüter einwilligen.

Damit ist der Satz Franks[1]) unhaltbar: „Außerhalb des Gebietes der Einwilligung liegen solche Delikte, zu deren Tatbestand die Verletzung einer Person oder deren Interessen überhaupt nicht gehört, z. B. Landesverrat, Münzverbrechen, Meineid". Denn darin wird ja zugrunde gelegt, daß die Einwilligung von einem anderen ausgeht, der dazu überhaupt nicht berechtigt ist, weil es sich ja um fremde Rechtsgüter handelt. Diese Inkonsequenz ist umso überraschender als schon Schaffrath[2]) auf diesen Fehler indirekt hinwies, wenngleich er dann auch sein System nicht bis in die letzten Folgerungen ausbaute. Er weist z. B. schon darauf hin, daß nicht nur der einzelne Private, sondern auch der Staat in die Verletzung aller ihm zustehenden Rechte, die nicht zu den unveräußerlichen gehören[3]), einwilligen könne und daß auch in diesen Fällen der Begriff eines Verbrechens aufgehoben werde[4]). Dies könne insbesondere bei denjenigen Delikten praktisch werden, bei denen neben dem einzelnen auch die Staatsgewalt verletzt werde (das ist allerdings unklar), wie z. B. Landfriedensbruch, bei der Störung der Ausübung öffentlicher

1) A.a.O. Abschnitt III vor § 51.

2) Grundwissenschaft S. 224ff.

3) Diese auf naturrechtlichen Gedankengängen beruhende Unterscheidung muß natürlich begraben bleiben.

4) Vergl. Honig, a.a.O. I. Kap.

Rechte, bei der Bigamie, beim Zweikampf, bei Münzverbrechen usf. Diese Ausführungen sind aber leider nicht genügend beachtet worden: eine Unzahl von den teilweise verschiedensten Meinungen hat bewirkt, daß neben unrichtigen Gedanken auch vollkommen richtige und konsequente mehr oder weniger in Vergessenheit gerieten. Auch Honig zollt diese Meinung seine Anerkennung, wenn er sagt:[1]) „Beachtenswert dürfte ferner die Frage sein, ob die in Vorschlag gebrachte Regelung auch in denjenigen Fällen, in denen nicht eine Privatperson, sondern der Staat als Verletzter in Betracht kommt, nicht versagt". Allerdings unterläßt er es dann hierzu Stellung zu nehmen. Neuerdings hat sich mit dieser Frage wiederum Guderian auseinandergesetzt und folgendes Beispiel gebildet: „Wenn sich jemand einer Regierung als Spion anbietet und, um sich bei dem Feinde Glauben zu verschaffen, die Erlaubnis begehrt, ein militärisches Geheimnis verraten zu dürfen, und die Regierung darin auch einwilligt, so wird niemand den Spion wegen Uebertretung des Gesetzes gegen den Verrat militärischer Geheimnisse für strafbar erklären. Also: volenti non fit iniuria[2]). Wenn man aber auch schon auf dem Standpunkt steht, der Staat könne in ein gegen ihn gerichtetes Delikt einwilligen, so muß man das wie oben hervorgehoben, auch für die übrigen juristischen Personen gelten lassen und auch für die Gemeinschaften, die in ihrer heutigen Gestalt allerdings der aufgeführten Literatur noch nicht bekannt waren. Ich glaube damit dürfte auch der Satz Lobes[3]) übereinstimmen: „Volenti non fit inuria" ist für die Frage, ob eine Handlung rechtmäßig sei, nur dann (fügen wir hinzu — dann aber auch immer) von Bedeutung, wenn die Einwilligung einem Willen entspringt, der vom Recht als maßgebend anerkannt wird, und zwar, wenn es sich um die Wirkung für die Strafrechtsordnung handelt, daß sie von dieser als

1) A.a.O. S. 134.
2) Beihilfe zum Selbstmord, S. 47 ff.
3) Einführung in den Allg. Teil des Strafgesetzbuches S. 44.

maßgebend anerkannt wird", wenn damit auch in erster Linie auf das Problem: Rechtsgeschäft oder Rechtshandlung? abgezielt wird.

Immerhin kann auf eine durchaus ähnliche Erscheinung hingewiesen werden, die auch in der neuesten Zeit Beachtung und Anerkennung findet. Es handelt sich um die sog. Staatsnotwehr. Wenn beim Einwilligungsproblem ähnliche Gedanken nicht gepflogen wurden, dann nur deshalb, weil man ihm die berechtigte Anerkennung versagt hat. Ich gehe hierbei auf den Bericht der amtl. Strafrechtskommission zurück. Die Gedankengänge sind kurz folgende: Auch der Staat kann, wenn Rechtsgüter, die ihm zustehen, angegriffen werden, Notwehr üben, dagegen kann dies nicht der einzelne Untertan für den Staat. „Gerade vom Standpunkt des nat.soz. Führerprinzips muß daran festgehalten werden, daß nur die Führung berufen ist, bei einer Gefahr für das Volksganze einzugreifen und daß nur sie darüber zu befinden hat, ob die Gefahrslage gegeben ist, daß ihr Wille allein dafür maßgebend ist, ob jemand als ihr negotiorum gestor im wahrsten Sinne des Wortes anzuerkennen ist oder nicht. Herr des Staatsnotwehrrechtes ist der Führer" [1]). Eine derartige Handlung wird in der Wirklichkeit sehr selten sein, wenigstens genau so selten bezw. häufig wie bei der Einwilligung. Das aber darf und kann keine Veranlassung sein, derartige Ueberlegungen außeracht zu lassen. Deshalb wurde auf diese Parallelerscheinung hingewiesen.

Diese Erkenntnis ist nun mit den obigen Ueberlegungen über die Träger der Rechtsgüter zu verwerten. Von vorneherein steht fest: Wenn nur ein Rechtsgut, das wiederum nur einem Träger zusteht, bei einem Delikt geschützt wird, muß die Einwilligung von diesem ausgehen. Wird ein Rechtsgut geschützt, das mehreren Trägern zusteht, so ist zu einer wirksamen Einwilligung erforderlich, daß alle Träger einwilligen. Werden in einem Tatbestand

1) Bericht über die Arbeit der amtl. Strafrechtskommission S. 85, 95.

verschiedene Rechtsgüter geschützt, die einem einzigen Träger zustehen, so muß dieser in die Verletzung jedes einzelnen Rechtsgutes einwilligen, Schützt der Tatbestand die Rechtsgüter verschiedener Personen, so müssen sämtliche Träger in die Verletzung der einzelnen Rechtsgüter einwilligen. Hierbei können insofern Kombinationen mit den ersten Fällen eintreten, als das einzelne Rechtsgut nicht einem einzelnen, sondern einer Personenmehrheit zusteht.

Aus dem Gesagten kann man nun folgenden allgemeinen Satz ableiten:

Wird in die beabsichtigte Verletzung von Rechtsgütern eingewilligt, so muß, damit der Charakter des Verbrechens beseitigt wird, diese Einwilligung von sämtlichen Rechtsgutsträgern in bezug auf die Verletzung des einzelnen Rechtsgutes erfolgen.

Das aber bedeutet zunächst die uneingeschränkte Anerkennung des Satzes „volenti non fit iniuria".

Damit fallen die teilweise sehr komplizierten Unterscheidungen, daß die Erheblichkeit der Einwilligung daran zu erkennen sei, daß ein Antragsdelikt vorliege[1]), ein Privatklagedelikt[2]), oder daß die Rechtswidrigkeit im Tatbestand besonders aufgeführt sei[3]). Alle drei Auffassungen wurden vertreten und alle drei sind sie gleich verfehlt, wenngleich die meisten Lehrbücher auf diese unfruchtbaren Unterscheidungen hinweisen. Denn wenn der Gesetzgeber schon die Einwilligung nicht generell geregelt hat, so muß es geradezu als gekünstelt bezeichnet werden, wenn man gesetzestechnische Mittel, die unter ganz anderen Gesichtspunkten aufgestellt wurden, als auf ein Problem zugeschnitten ansehen will, dessen sich der Gesetzgeber zum mindesten nicht im vollen Umfang bewußt war.

1) So Pfersdorf, Die Einwilligung des Verletzten, S. 35ff. v. Bar, Gesetz und Schuld, Bd. III, S. 58; Honig, a.a.O. S. 126.
2) Mezger, Der Gerichtssaal, Bd. 89, S. 279; Frank, a.a.O., S. 142.
3) Honig, a.a.O., S. 129ff.

Eine Frage bleibt aber immer noch offen, die ich nirgends erörtert gefunden habe. Die liberal-individualistisch eingestellte Wissenschaft hat sie bewußt vermieden: Kann der Staat, als Gemeinschaft aufgefaßt, oder besser vielleicht, kann die Volksgemeinschaft in die Verletzung des Rechtsgutes eines einzelnen einwilligen? Damit scheidet gleichzeitig das Problem der Sittenwidrigkeit einer Einwillung aus, da diese doch an dem gesunden Volksempfinden — und dies ist hier unterstellt — ausgerichtet ist.

Man könnte hierbei vielleicht einwenden, daß es eine gewisse Unnatürlichkeit darstellt, Gesetze des Handelns, wie sie für den einzelnen gelten, auf eine Gemeinschaft und gar auf die Volksgemeinschaft zu übertragen. Aber das soll ja hier auch gar nicht geschehen. Nur die Tatsache, daß auch die Volksgemeinschaft einen nicht zu leugnenden Willen hat und daß dieser sich äußern kann und muß, — dies braucht nicht immer durch Abstimmung, sondern kann auch spontan erfolgen — soll hier festgehalten werden. Es kann also als Ergänzung bezw. als Ausnahme in Bezug auf den oben aufgestellten allgemeinen Satz über die Einwilligung festgestellt werden: Die Volksgemeinschaft kann in die Verletzung der Rechtsgüter der einzelnen einwilligen. Hierbei ist aber, das soll nochmals betont werden, Voraussetzung, daß es sich um gesundes Volksempfinden handelt.

Zusammenfassend ist noch festzustellen, daß es in den Fällen, wo es sich nur um Willensentschließungen der Volksgemeinschaft handelt auch eine nachträgliche Einwilligung geben kann. Und zwar ist dies durch die Natur der Sache bedingt (vergl. die Ueberlegungen auf S. 5 ff.).

5. Kapitel. **Anwendung auf einzelne Fälle.**

Bevor nun weitere Ueberlegungen zu dem Einwilligungsproblem angestellt werden, soll die Haltbarkeit des oben (S. 46) aufgestellten Grundsatzes an einzelnen Beispielen dargelegt werden.

Zunächst scheint schon § 216 StGB. gegen die darin festgestellte Auffassung zu sprechen. Fest steht, daß in dem § 211 ff. StGB. als Rechtsgut das Leben des einzelnen geschützt wird. Das geht schon aus der Ueberschrift dieses Abschnittes hervor. Fraglich dagegen ist, ob daneben auch andere Rechtsgüter, etwa das Interesse des Staates an der Erhaltung des Lebens des einzelnen geschützt werden soll. Nun ist Selbstmord straflos; darüber hinaus sind dies aber auch Anstiftung und Beihilfe zum Selbstmord[1]). Daraus ergibt sich eindeutig, daß der Staat in diesem Rahmen dem einzelnen die Verfügung über sein Leben läßt, dagegen ihm, d. h. dem Staat selbst, zustehende Rechtsgüter hierbei nicht kennt. Den oben aufgestellten Satz nun angewandt würde das bedeuten, daß die Einwilligung in die Tötung dieser den Verbrechenscharakter nähme. Dem aber gerade steht die ohnehin verunglückte Bestimmung des § 216 StGB. entgegen. Dazu ist zu sagen: Wenn man schon die Körperverletzung dabei sogar die schwere (also mit Todeserfolg unter Umständen) bei Einwilligung für straflos erklärt, wogegen sich früher nahezu die ganze strafrechtliche Literatur auflehnte, ist es nicht einzusehen, weshalb man bei Tötung inkonsequent davon absehen wollte; umsomehr als Beihilfe zum Selbstmord auch nach der neuesten Rechtsprechung straflos bleiben soll. Man wird weiterhin bedenken müssen, daß die Bestimmung des § 216 sich namentlich in einer Zeit halten konnte, wo man sich in Erwägungen wohl allzu weichlicher Anschauungen mit den Gedanken der Abschaffung der Todesstrafe trug, während der § 226a StGB. einer härteren, dem realen Leben mehr gerecht werdenden Zeit entstammt. Das allein glaube ich, läßt die Brüchigkeit des § 216 StGB. ersehen[2]). Es ist nicht einzusehen, warum die gleichen Grundsätze nicht An-

1) Vergl. RG. in Deutscher Justiz 1936, S. 1578.

2) Die gegenteiligen Ansichten entstammen durchwegs der Zeit vor 1933, z. B. M. E. Mayer, Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, 1923.

wendung finden sollten, wenn nicht nur die Gesundheit (was für den einzelnen unter Umständen qualvoller sein kann), sondern das Leben auf dem Spiele steht, meint Graf zu Dohna schon 1925[1]), allerdings als einer von wenigen. Die Gesetzgebung hat ihm nicht nur in Bezug auf die schwere Körperverletzung recht gegeben; denn daß § 216 StGB. noch nicht geändert wurde, beweist noch nichts.

Willigt jemand, um die Wirksamkeit medizinischer Entdeckungen verwertbar zu machen, in eine Untersuchung ein, die nur bei Vornahme an Menschen Erfolge zeitigen kann, die aber zweifellos tödlich verlaufen muß, wird aber dadurch Generationen nach ihm das Leben erhalten; ich weiß nicht, ob man den Arzt dafür ins Gefängnis setzt oder ihm wie dem Getöteten zujubelt. Ein ähnliches Beispiel prägt Graf zu Dohna[1]).

In diesem Zusammenhang ist auch die sog. Sterbehilfe zu erwähnen. Es würde jedoch zu weit führen, hier näher darauf einzugehen. Es kann nur auf die Literatur hingewiesen werden, die sich immer wieder mit diesem Problem beschäftigt hat und hier meist die Einwilligung als erheblich entgegen der Bestimmung des § 216 ansah, d. h. als Rechtfertigungsgrund[2]).

Der Standpunkt, daß wer es fertig bringt, einen Menschen unter normalen Umständen zu töten, zum mindesten ein Rohling sei, spricht auch nicht dagegen; denn die Fälle, wo Rohheit und nicht Mitleid[3]) oder höheres Interesse Motiv zur Tat ist, werden zweiffellos als sittenwidrig strafbar sein.

In § 218 Abs. IV StGB. wird, wie oben festgestellt, sowohl das Leben als auch die körperliche Unversehrtheit der Mutter geschützt[4]). Willigt nun die Mutter in das Delikt ein, so ist dies unerheblich, da sie ja nur über

1) Recht und Irrtum, S. 16.
2) Vergl. Köhler, Lehrbuch S. 400, M. E. Mayer, Lehrbuch, S. 290.
3) Vergl. Theodor Storm, Ein Bekenntnis.
4) Vergl. RG. 61, 253.

ihr eigenes Rechtsgut verfügen kann; über das fremde Rechtsgut der Leibesfrucht kann die Schwangere überhaupt nicht verfügen[1]). Abs. I a.a.O. bestätigt dies. Die Verletzung zweier Rechtsgüter wird schwerer bestraft als die Verletzung nur eines von diesen. Beispiel hiefür bietet der einfache Diebstahl des § 242 StGB. im Verhältnis zum schweren Diebstahl des § 243 StGB. In § 243 Ziff. 2 (Einbruch) wird neben einfachem Diebstahl auch Hausfriedensbruch und Sachbeschädigung begangen. Im Strafrahmen wird dieses Hinzukommen andrer Delikte durch eine Erhöhung desselben berücksichtigt. Allerdings nicht nach dem Kumulationsprinzip; denn sonst könnten die einzelnen Fälle des schweren Diebstals nicht unter einen einheitlichen Strafrahmen gestellt werden. Vielmehr entsteht durch diese Verschmelzung ein einheitliches Delikt, bei dessen Strafrahmen auch andere Erwägungen einbezogen werden. Immerhin kann man sich den Strafrahmen als aus verschiedenen anderen zusammengesetzt denken, wobei unter Umständen eine Erhöhung oder Verminderung eintreten kann.

Das Gleiche wie § 218/IV gilt für das Verhältnis zwischen §§ 175 und 175a StGB. usf. Daraus läßt sich ersehen, daß die Einwilligung nicht wie Allfeld und lange vor ihm Engau und Püttmann meinten, ein Mittel zur Strafmilderung sei; sondern es sind zwei Verbrechen in einem Tatbestand enthalten. Entfällt der Verbrechenscharakter des einen durch Einwilligung, so bleibt doch das andere Verbrechen bestehen; Die Strafe hiefür ist nicht gemildert, sondern wird in ihrer wirklichen Höhe verhängt.

Bei der Sachbeschädigung der §§ 303ff. StGB., wird das Eigentum des einzelnen als Rechtsgut geschützt. Es genügt also allein seine Einwilligung, um die Tat ihres Charakters als Verbrechen zu entkleiden. Es gibt nun auch Sachen, an denen die Gemeinschaft ein höheres Interesse hat: man wird aber nicht, wie dies v. Hippel tut, von Interessen, d. h. von Rechtsgütern der Gemeinschaft

1) RG. 70, 108.

sprechen müssen. Es bleibt bei einem Rechtsgut, nur sind die Pflichten gegenüber der Gemeinschaft stärker ausgestaltet, was wiederum in Bezug auf die Sittenwidrigkeit von Bedeutung ist. Wenn z. B. in Kriegszeiten die Vernichtung lebenswichtiger Güter auch durch Eigentümer geschützt wird, dann nicht, weil nun auch die Gemeinschaft an ihnen Eigentum hat. Ein Eigentumsübergang — auch soweit nur Miteigentum in Frage käme — ganz gleich in welcher Form, hat nicht stattgefunden. Lediglich die Pflichten des Eigentümers der Gemeinschaft gegenüber sind erweitert. Das genügt allerdings, um die Einwilligung unwirksam werden zu lassen, weil sie nun sittenwidrig wäre.

Wenn man die Systematik des Besonderen Teils des Strafgesetzbuches, die offensichtlich auf dem Rechtsgutsbegriff aufgebaut ist, näher ansieht, so kommt man allerdings zu dem nicht gerade ermutigenden Standpunkt, daß es schwierig sein wird, den oben S. 46 aufgestellten Grundsatz restlos verwirklichen zu können. Immerhin müßte aber doch nicht allein der Gesetzestext darüber entscheiden, sondern auch wie eben schon bisher die Rechtsprechung zu Rate gezogen werden. Es wäre die Frage aufzuwerfen, ob nicht eine streng durchgeführte Systematisierung des Besonderen Teils vorgenommen werden könnte und schon dadurch die Lösung des Einwilligungsproblems ermöglicht würde. Es dürfte sich dies doch verwirklichen lassen, ohne das neue Gesetz zugunsten eines einzelnen Begriffes vergewaltigen zu müssen. Voraussetzung ist allerdings, wie schon oben festgestellt wurde, die Zugrundelegung eines klaren und eindeutig abgegrenzten Rechtsgutsbegriffes.

III. Abschnitt.

Die Einwilligung im Aufbau der Verbrechenslehre.

6. Kapitel. Rechtfertigungsgrund oder Beseitigung der Tatbestandsmäßigkeit?

Es wurde bisher absichtlich vermieden, von der Einwilligung als von einem Rechtfertigungsgrund zu sprechen; wenngleich bis heute jedes Lehrbuch und jeder Kommentar die Einwilligung in die Gruppe der Rechtsfertigungsgründe einfügt, so scheinen dagegen doch gewichtige Gründe zu sprechen. Man braucht sich dabei durchaus nicht zur Kieler Strafrechtsschule bekennen, die die Grenzen zwischen Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld beseitigen will [1]). Schon bei Honig hat man den Eindruck, daß ihm die Einreihung der Einwilligung in die Rechtfertigungsgründe nicht immer ganz gelegen kommt. Er spricht beispielshalber in dem allgemeinen Satz, den er über die Einwilligung aufstellt davon, daß „die Einwilligung des Verletzten die Strafbarkeit der Handlungen ... ausschließe". Gerade aber bei einer allgemeinen Regel müßte es doch Bestreben sein, das Charakteristikum der Einwilligung, eben Rechtfertigungsgrund zu sein, zu erwähnen.

Jedenfalls ist die Literatur seltsamerweise darüber sich einmütig klar, daß es Delikte gibt, bei denen die Einwilligung nicht Rechtfertigungsgrund, sondern Tatbestandsmerkmal ist. Sicher ist ferner, daß da, wo der Tatbestand ein Handeln wider Willen fordert, die Einwilligung dem Deliktsbegriff entgegensteht; z. B. §§ 176 Nr. 1, 177, 234, 236, 237, 240. Sicher ist nicht minder, daß wenn umgekehrt die Einwilligung Tatbestandsmerkmal ist, sie den Tatbestand des Delikts gerade begründet; z. B. §§ 182, 302 aff., 201 ff. [2]). Die gleiche Feststel-

1) Vergl. H. Mayer, a.a.O. S. 236.

2) Frank, Kom., Anm. III vor § 51. Aehnlich v. Hippel, II, S. 243; Mezger, Lehrbuch S. 214, Lobe, S. 246, Köhler S. 404/405.

lung trifft Honig und führt als Beispiele die §§ 176 Ziff. 1 und 2, 177, 179, 234, 235, 236, 237, 240, 249 und 253 auf[1]). Während die zuerst aufgeführten Autoren es absichtlich vermeiden, §§ 176 Ziff. 2 anzuführen, findet man dies auch bei Honig. Daran schon läßt sich erkennen, daß eine genaue Abgrenzung auf einer Seite nicht vorgenommen wurde. Vergleicht man die aufgeführten Tatbestände, so erkennt man unschwer, daß alle übereinstimmend unter Anwendung von Gewalt oder Drohung ausgeführt werden müssen. Es ist zweifellos, daß durch die Einwilligung jede Gewalt und Drohung schon rein vorstellungsmäßig ausgeschlossen wird und damit die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung fehlt. Dies liegt aber nicht in der Einwilligung in die Gewalt oder Drohung, sondern in der Einwilligung in das Delikt schlechthin begründet. Es bedeutet eine Verkennung der Absichten des Gesetzgebers, Gewalt und Drohung gleichzusetzen mit dem Nichteinwilligen in ein Delikt. Denn das eine ist nur Mittel der Ausführung einer Tat, während das andere Kriterium des Verbrechens schlechthin ist. Daß aber das eine Merkmal mit dem anderen gleichläuft, darf nicht zu einem trügenden Umkehrschluß verleiten.

Interessant ist weiterhin, daß Frank und auch Honig vermeiden in ihrem Katalog den Diebstahl aufzuführen. Das würde insofern nicht passen, als dieses Delikt ohne Gewalt begangen wird. Honig scheint sich dabei etwas unsicher zu fühlen[2]). Lobe[3]) zählt den oben aufgeführten Delikten ohne Vorbehalt auch den Diebstahl zu. Wenn aber beim Diebstahl die Einwilligung Tatbestandsmerkmal sein soll, dann kann man das Gleiche auch bei Unterschlagung und bei Sachbeschädigung annehmen. Das gibt auch Honig zu. Damit bliebe aber nur eine beschränkte Anzahl von Delikten, bei denen die Einwilligung Rechtfertigungsgrund wäre und es wäre vor allem nicht zu er-

1) A.a.O., S. 119.
2) A.a.O., S. 120.
3) A.a.O., S. 46.

sehen, nach welchen Maßstäben unterschieden werden müßte. In Frage kämen hauptsächlich z. B. Freiheitsberaubung und Beleidigung. Beide sollen kurz untersucht werden.

Folgendes nach Köhler gebildetes Beispiel:[1]) Die Leute im fahrenden Schnellzug sind der Freiheit beraubt. Sie haben aber von vorneherein, wenn auch nur stillschweigend eingewilligt. Folge: der Tatbestand des § 239 ist verwirklicht. Die Reichsbahn wird aber gerechtfertigt durch Einwilligung. Eine derartige Argumentation wäre aber dermaßen gekünstelt, daß sie jedem natürlichen Empfinden widerspräche. Frank nimmt hierbei ein Gewohnheitsrecht an. Aber auch das scheint reichlich unnatürlich. Mezger hat die Unerträglichkeit dessen erkannt und festgestellt, daß „man in solchen Fällen bei einer der Verkehrsanschauung entsprechenden Einwilligung schon den Tatbestand des Einsperrens — z. B. auch beim Publikum im verschlossenen Konzertsaale während der Aufführung — oder der persönlichen Freiheitsberaubung ablehnen“[2]) müsse. Ob man tatsächlich eine Grenze zu ziehen hat zwischen den Fällen mit einer der Verkehrsanschauung entsprechenden Einwilligung und den übrigen, beweist Mezger nicht. Ich glaube, man wird hier mit Honig[3]) generell sagen können: „Die Einwilligung schließt hier nicht nur die Rechtswidrigkeit aus, sie steht vielmehr schon der Verwirklichung des Tatbestandes entgegen“. Die gleiche Auffassung vertritt von Olshausen[4]) und neuerdings auch Welzel[5]), wobei er den Begriff der sozial-adäquaten Handlung prägt. „Sozial-adäquat sind alle Betätigungen, die sich innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozial-ethischen Ordnungen des Gemeinschaftslebens bewegen“. Solche Handlungen unterfallen niemals Delikts-

1) A.a.O., S. 407/410.
2) Lehrbuch, S. 217.
3) A.a.O., S. 132/133.
4) Kom., 11. Aufl., Anm. 8b zu § 239.
5) Grundriß, S. 33.

tatbeständen. — Diese Anschauung deckt sich im großen und ganzen mit der Honigs, nur daß sie begrifflich klarer abgrenzt.

Bei Beleidigungsdelikten muß man von folgenden Ueberlegungen ausgehen: Es gibt Kreise von Personen, und Gegenden innerhalb des Reiches, wo gewisse Bezeichnungen und Redensarten, die allgemein als Beleidigung erachtet, dort nicht als solche aufgefaßt werden. Es wird aber sicher niemand von den Betroffenen auf den Gedanken kommen, es liege eine tatbestandsmäßige Handlung vor, die aber durch seine Auffassung, meinethalben sogar durch seine Unempfindlichkeit, gerechtfertigt würde. Diese Auffassung wird allerdings stark bestritten. Köhler[1]) sagt zustimmend folgendes: „Die Ehre als ein bestimmtes Maß berechtigter Wertschätzung kann der einzelne selbst verkleinern, indem er sich herabsetzt. Es ist kein Grund erfindlich, warum er nicht Dritten diese Handlung wirksam erstatten könnte". — Davon ist jedoch die Frage scharf zu trennen, ob der Täter zu bestrafen sei, wenn er die Gesinnung des Beleidigten nicht kennt und dennoch beleidigt. Hier bleibt die Strafbarkeit natürlich bestehen. — Ein Rechtfertigungrund kann — um an die obigen Betrachtungen wieder anzuknüpfen, — nie im Belieben eines Dritten liegen, sondern er wird durch ein allgemeines Empfinden bezw. durch außergesetzliche Anschauungen festgesetzt. Man braucht ja nur auf den Ausgangspunkt des Strafrechts zurückgehen, nämlich auf den Zeitpunkt, wo der Schutz des einzelnen noch nicht durch ein Gemeinwesen übernommen, sondern ihm selbst überlassen war[2]). Er konnte aber doch nur dann zur Vergeltung schreiten, wenn er überhaupt den Eindruck hatte, daß gegen ihn ein Verbrechen begangen worden sei. Es besteht aber keine Veranlassung von diesem Grundsatz heute abzusehen. Gefahr daraus, dem einzelnen die Verfügung über seine Rechtsgüter zuzubilligen, entstünde erst dann, wenn dieser

1) A.a.O., S. 408.

2) Vergl. H. Mayer, a.a.O. S. 135.

nach eignem Ermessen über sie verfügen könnte. Dies ist aber durch das Moment der Sittenwidrigkeit ausgeschaltet, deren Vorhandensein nicht neben der Einwilligung gesondert geprüft werden, sondern die als Wesensmerkmal der strafrechtlichen Einwilligung aufgefaßt und gestaltet werden muß. Ihre Grenzen aber bemessen sich an den Pflichten, die der einzelne der Gemeinschaft gegenüber hat.

Das im § 174 geschützte Rechtsgut ist das sittliche Empfinden des Volksganzen. Hier bliebe, wenn man mit v. Hippel sprechen wollte, die strafbare Handlung trotz Einwilligung — gemeint des einzelnen — bestehen. Schutzobjekt ist in diesem Fall die Volksgemeinschaft. Einwilligen kann aber immer nur der Rechtsgutsträger und nur er allein. Zugegeben muß allerdings werden, daß in der Praxis derartiges kaum oder nur außerordentlich selten vorkommen wird. Es fällt schwer ein dieser Auffassung gerecht werdendes Beispiel zu konstruieren. Aber das kann und darf noch nicht dazu verleiten, die abstrakte Gültigkeit dieser Auffassung nicht anerkennen zu wollen. Man könnte einwenden, im Enderfolg treffen diese Ueberlegungen doch mit denen zusammen, die von vorneherein die Einwilligung nur bei einer begrenzten Anzahl von Delikten als erheblich anerkennen wollen. Selbst wenn dem so wäre, so hätte der hier eingeschlagene Weg doch den Vorteil, daß hier der Ausschluß gewisser Delikte an Hand einer einheitlichen Formel gefunden werden kann, während die andere Methode rein kasuistisch zu Werke geht. Dabei ist aber, wie oben bereits festgestellt wurde, durchaus nicht immer ersichtlich, nach welchen Prinzipien hier ausgeschieden wird.

Daß aber dennoch Unterschiede hinsichtlich beider Methoden bestehen, kann an Hand der §§ 171, 173, StGB. bewiesen werden. Während das in § 175 geschützte sittliche Empfinden als ein aprioristisches bezeichnet werden kann, ist das der §§ 171, 173 kein natürliches, sondern ein erst durch die Geschichte notwendig gewordenes, das

dann allerdings sich so sehr verwurzelt hat, daß die ursprüngliche Veranlagung mehr oder weniger verwischt wurde[1]). Es ist allgemein anerkannt, und die Geschichte bestätigt es immer wieder, daß bei gesunden Völkern sowohl Inzucht als auch Polygamie als natürlich empfunden werden[2]). Warum sollte die Entwicklung nicht wieder einmal nach der umgekehrten Richtung laufen? Bei der Inzucht ist das aus medizinischen Gründen allerdings nicht mehr möglich. Bei der Polygamie oder Bigamie haben diese Erwägung namhafte Köpfe (August Forel) in Erwägung gezogen und zwar durchwegs aus sozialen Gründen.

Nun aber folgendes Beispiel: Der Angehörige eines Volkes, das Inzucht noch nicht als Delikt anerkennt, befindet sich mit seiner Familie auf der Durchreise durch Deutschland. Da das deutsche Strafgesetzbuch auch Ausländer erfaßt, müßte er, inzüchtigen Geschlechtsverkehr angenommen, nach § 173 StGB. bestraft werden, wenigstens nach der Auffassung, daß in die Begehung derartiger Delikte nicht eingewilligt werden könne. Hierbei wird die Ansicht des Reichsgerichts[3]) unterstellt, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz gehöre. Ob man die Rechtsirrtumslehre des Reichsgerichts schlechthin als „ein letztes Nachwirken alter naturrechtlicher Lehren" bezeichnen kann[4]), mag dahin gestellt bleiben, jedenfalls aber hat so ziemlich die gesamte Literatur gegen diese Auffassung Stellung genommen und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als Erfordernis des Vorsatzes („der vollen Schuld") erklärt. Welzel[5]) legt dies an dem Beispiel klar, daß ein Ausländer im Inland homosexuelle Handlungen vornimmt, wobei allerdings die

1) Vgl. hierzu Exner, Kriminalbiologie S. 11ff. und Mezger, Kriminalpolitik, S. 3.

2) Vergl. A. Forel, Die sexuelle Frage, S. 94, 96.

3) RG. 2, 269 in ständiger Rechtsprechung.

4) Welzel, a.a.O., S. 63.

5) A.a.O., S. 52ff.

hier m. E. notwendige Unterscheidung fehlt, ob die Handlung mit einem Ausländer vorgenommen wird, der das deutsche Recht ebenfalls nicht kennt oder mit einem Deutschen selbst. Immerhin soll hierbei Bestrafung eintreten, da die Rechtsunkenntnis als vermeidbar anzusehen und damit der Vorsatz nicht ausgeschlossen, sondern nur die Schuld gemindert sei. — Diese Ueberlegungen versagen aber bei dem oben angeführten Beispiel. Denn hier erscheint es auch unbillig, den Ausländer bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit zu bestrafen. Denn die Inzucht wird ja wiederum mit einem Ausländer vorgenommen. Zweck des § 173 StGB. ist aber die Gesundheit des deutschen Volkes zu schützen. Da der Ausländer zweifellos unter § 6 der 1. AVO. vom 14. 11. 35 zum Blutschutzgesetz fiele, so kann er nie unserem Volke eingegliedert werden, und damit ist die eigentliche Gefahr gebannt. Ob man die Bestrafung aus dem Gesichtspunkt der Gefährdung der Sittlichkeit unseres Volkes eintreten lassen soll, erscheint fraglich. Denn dann müßten auch Bücher verboten werden, die von den Sitten derartiger Völker berichten. — Da alle Voraussetzungen eines Deliktes nach § 173 StGB. vorlägen, könnte man nur mit Einwilligung im Sinne der oben geprägten Formel arbeiten.

Man kann bei dem oben angeführten Beispiel nicht sagen, daß zwar eine tatbestandsmäßige Handlung vorgenommen werde, diese aber gerechtfertigt sei. Denn der Täter will eine strafbare Handlung niemals vornehmen; ihm fehlt jedes natürliche Empfinden für die Erkenntnis der notwendigen Tatbestandsmäßigkeit.

Nun scheint aber der Wortlaut des § 226a StGB. selbst gegen diese Ansicht zu sprechen; denn er spricht ja direkt von der Rechtswidrigkeit bezw. von deren Ausschluß. Bei näherem Zusehen trifft dies aber nicht zu. Denn wenn gesagt wird, daß die Tat rechtswidrig sei, so kann das nicht zum Umkehrschluß verleiten, daß beim Vorliegen gewisser Umstände lediglich die Rechtswidrigkeit fehle. Es steht dem nichts entgegen hier Ausschluß

der Tatbestandsmäßigkeit anzunehmen. Weiterhin muß beachtet werden, daß die Rechtswidrigkeit auch bei Delikten vorliegen muß, in deren Tatbestand sie nicht ausdrücklich erwähnt ist. Das aber bestätigt gerade die Ansicht, daß im vorliegenden Fall die Einwilligung nicht für die Rechtmäßigkeit, sondern für die Tatbestandsmäßigkeit erheblich ist. In diesem Sinne führt das Reichsgericht auch aus[1]), daß der Angeklagte, wenn er nicht das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehabt habe, frei zu sprechen sei „wegen Mangels eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals". In diesem Sinne hat Klee gesagt, daß die Einwilligung „Kern und Wesen des Delikts" ausmache (siehe S. 14).

Damit steht der Satz fest, daß die Einwilligung jede Handlung der Tatbestandsmäßigkeit entkleidet. Es liegt nun nahe, die Einwilligung als Tatbestandsmerkmal anzusprechen. Aber nicht daß sie vorliegt, sondern daß sie nicht vorliegt, müßte als Tatbestandsmerkmal charakterisiert werden. Das hat auch Köhler veranlaßt von Delikten zu sprechen, die das Fehlen der Einwilligung zum Tatbestandsmerkmal erheben[2]). Das kann aber nur zu leicht zu Irrtümern und dann zu verfehlten Ergebnissen führen. Ein Nichtvorhandensein als Tatbestandsmerkmal anzusprechen, ist schon insofern unmöglich, als man dann den Kreis von Tatbestandsmerkmalen ins Ungemessene erweitern könnte. Denn letztlich ist jedes im Tatbestand nicht aufgeführte Merkmal wesentlich für das Zustandekommen des Delikts. So ist beispielshalber das Nichtvorhandensein von Gewalt „Tatbestandsmerkmal" beim Diebstahl, da sonst ja Raub vorläge, das Nichtvorhandensein von Gewalt bei der Notzucht (§ 176 StGB.), denn sonst läge überhaupt keine strafbare Handlung vor.

Es ist selbstverständlich, daß man jede Erscheinung in ein bis ins Letzte ausgebautes System einzureihen versucht. Wo dies aber nicht möglich ist, läßt es sich auch

1) RG. 19, 87; 62, 289.
2) A.a.O. S. 402.

nicht mit Gewalt erzwingen. Die Einwilligung ist aber in das bisherige Strafrechtssystem: Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld, nicht einfügbar. Sie muß als Merkmal besonderer Art angesprochen werden, das im Ergebnis mit den Tatbestandsmerkmalen übereinstimmt, indem es die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung ausschließt. Während bei den Tatbestandsmerkmalen, dies durch ihr Wegfallen bewirkt wird, ruft dies bei der Einwilligung umgekehrt ihr Vorhandensein hervor. Das Ergebnis bleibt also gleich.

7. Kapitel. **Der Wille des Täters.**

Zur Bestimmung des Begriffes der Einwilligung ist schließlich noch erforderlich zu untersuchen, welche Rolle dem Willen des Täters zukommt, es handelt sich vorallem um die Frage: Muß der Täter, damit die Einwilligung die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung ausschließt, im Augenblick der Tat Kenntnis von der Einwilligung haben oder nicht? Hier bestehen drei verschiedene Möglichkeiten und alle drei sind vertreten worden. Sie sollen kurz aufgeführt werden:

„Die Meinung, daß solche Kenntnis des Täters durchweg (Keßler, Schaffrath, Breithaupt, Finger) oder wenigstens grundsätzlich (Köhler) erforderlich sei, wird nur von einer Minderheit vertreten. Die Beweisführung stellt, — wenn wir von der Ansicht absehen, daß der Einwilligung überhaupt nur schuldausschließende Wirkung beikomme — in der Hauptsache auf das Wesen der Einwilligung als einer empfangsbedürftigen Erklärung ab“ [1].) Diese Ansicht hat man als die subjektive bezeichnet. Ihr gegenüber stellt Gerland [2]) fest, daß die Einwilligung dem Täter nicht bekannt zu sein brauche, weil die Einwilligung die Angriffsobjekte der Delikte nicht mehr als

1) Mezger, Der Gerichtssaal, Bd. 85, S. 274.

2) Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil II, S. 506.

rechtsschutzbedürftig erscheinen ließe[1]). Dieser Auffassung schließt sich auch Mezger an. „Honig will demgegenüber einen Mittelweg gehen; er wirft beiden Theorien vor, sie werden dem Wesen der Einwilligung nicht gerecht und verbauen sich entweder durch dogmatische oder begriffliche Erwägungen den Blick dafür, daß je nach der Verschiedenheit der Fallgestaltung die Einwilligung bald zur Kenntnis des Täters gelangt sein muß, wenn anders man von einer Einwilligung in die betreffende Handlung soll sprechen dürfen, bald auch in ihrer rechtlichen Wirksamkeit von der Kenntnisnahme des Täters völlig unabhängig ist“[2]).

Nun aber sind wir zu Betrachtungen genötigt, die systematisch besser am Anfang dieser Ausführungen ständen, die aber erstens um Wiederholungen zu vermeiden und zweitens des besseren Verständnisses wegen hier besonders notwendig sind. Man kann wiederum vom alltäglichen Sprachgebrauch ausgehen. Darnach wird Einwilligung immer als ein Begriff aufgefaßt, der eine Gegenseitigkeit erfordert, d. h. der um vorzuliegen immer das Handeln mindestens zweier Personen voraussetzt. Einwilligen in etwas! Das bedeutet, daß mit irgendeinem Vorschlag, irgendein Plan unterbreitet wird, mit dem ich dann einverstanden bin. Es wird also immer ein gegenseitiges Grundverhältnis vorausgesetzt, das durch meinen Entschluß in bestimmter Weise festgelegt wird. Notwendig ist demnach immer, daß irgendwer an mich herantritt und mich vor die Wahl stellt, so oder so mich zu entschließen. Ein Robinson auf einer Insel kann nie „einwilligen“. Er kann zwar auch bei einer vorzunehmenden Handlung vor die Wahl gestellt werden, so oder so. Die Entscheidung wird hier aber nie mittels Einwilligung, sondern mittels eines Entschlusses getroffen. Auch bei der Einwilligung wird die Entwicklung durch einen Entschluß zu Ende gebracht.

1) Das ist nur möglich, wenn man als Zweck des Strafrechts lediglich die Bekämpfung der deliktischen Rechtsgutsverletzung sieht.

2) Mezger, a.a.O.

Hier ist der Entschluß aber nicht allein durch den Entschließenden bedingt, sondern durch Verlangen oder Ansichten anderer ausgelöst, die an ihn herangetragen wurden. Man hört manchmal auch davon sprechen, daß jemand in seine eigenen Pläne einwilligt; dann aber stellt er sich selbst als dritte Person gegenüber. Einwilligung bedeutet also einen Entschluß, der durch einen Dritten ausgelöst wurde. In diesem Sinne sagt Honig: „Die Einwilligung erfordert den Ausdruck des Einverständnisses, eine bloße Willensrichtung genügt schon rein sprachlich nicht, geschweige denn rechtlich; denn das Recht als Regelung des Gemeinschaftslebens kann sich nur an den in der Außenwelt verwirklichten Willen der Gemeinschaftsmitglieder halten“ [1]). „Von einer Einwilligung kann nur die Rede sein, wenn man mit einem bestimmten Verhalten eines anderen einverstanden ist, zu dem natürlich auch eine Reihe von durch sein Verhalten bewirkten Geschehnissen gerechnet werden kann“ [2]).

So faßt man die Dinge auch wirklich auf, wenn man ohne nähere Beschäftigung mit diesen Problemen an die konkrete Bestimmung des § 226a StGB. herantritt. Ich sage beispielsweise zu einem: Willigen sie in eine Körperverletzung ein, damit einem anderen damit das Leben erhalten wird. Sagt er ja, so willigt er ein, ebenso wenn er mir persönlich das Angebot zuerst anträgt. Lediglich in diesem Rahmen stellt man sich — und sagen wir, vollkommen richtig — die Einwilligung vor. Von hier aus auch will die Zitelmannsche Theorie [3]) aufgefaßt werden. Denn ausgehend vom richtigen Sprachgebrauch hat sie eine an sich verständliche Lehre aufgebaut, die aber unrichtig sein mußte, wenn man sie auf Fälle ausdehnte, auf die diese Gedanken gar nicht angewendet

1) A.a.O., S. 139.
2) A.a.O., S. 140.
3) Sie faßt die Einwilligung im Anschluß an §§ 182ff. BGB. durchweg als ein Rechtsgeschäft des Privatrechts auf. Ihr Wesen soll darin bestehen, daß sie dem Täter ein Recht zur Vornahme der Handlung gewährt.

werden konnten und wollten. Man hat Zitelmann immer wieder angegriffen[1]); man hat alle möglichen Einwände gebracht, nur nicht die richtigen. Denn in Wirklichkeit erfäßt die obige Handlung nicht alle Fälle der „Einwilligung", sondern stellt nur eine Variante dar. Dies zeigt — und deshalb hier erst diese Betrachtungen — die oben aufgeworfene Fragestellung: muß der Täter die Einwilligung kennen? Denn hierbei ist auch folgender Fall in den Kreis der Betrachtungen gezogen: Einem Kranken kann nur noch dadurch geholfen werden, daß ihm Stücke gesunder Haut aufgelegt werden. Ohne Aufforderung von irgendeiner Seite fasse ich den Entschluß, mich dafür zur Verfügung zu stellen. Ist der Arzt, der diesen Entschluß — abgesehen davon, daß er sich aus konkludentem Verhalten ergeben könnte — nicht kennt und die entsprechenden Eingriffe vornimmt, strafbar?

So oft man auch überlegt, ob die Einwilligung in diesem Sinne tatsächlich nicht als Einwilligung, sondern als Entschluß aufgefaßt werden soll wird man stets feststellen müssen, daß dies — mit Ausnahme von Honig vielleicht — die einmütige Stellung in der ganzen Literatur ist und daß diesem mangelhaften Sprachgebrauch auch der Gesetzgeber in der Bestimmung des § 226a StGB. zum Opfer gefallen ist. Das ist namentlich der oben S. 61 aufgeführten objektiven Theorie zuzuschreiben.

Es ist dies vollkommen unverständlich, wenn man die oben zitierten Sätze Honigs liest; weiterhin wenn man bedenkt, daß man die Einwilligung früher als Deriliktion auffassen wollte, ein Weg, der zwar nicht richtig ist, aber doch weisend sein könnte. Man kann daraus nur ersehen, wie sehr man an überkommenen Begriffen festhält. Man hat die Fälle, die die „Einwilligung" umfaßt sehr richtig abgesteckt — daher konnte auch von der zu anfang geprägten Begriffsbestimmung ausgegangen werden — hat aber darüber nicht bemerkt, daß es gar nicht mehr

1) Vergl. Honig, a.a.O., S. 158ff., Mezger, Lehrbuch, S. 213, Frank von der 15. Auflage ab.

auf die Einwilligung, sondern auf einen abstrakten Entschluß ankäme. Wenn von der Einwilligung des Verletzten gesprochen wird, so ist darunter immer der Entschluß zu verstehen, ein Rechtsgut preiszugeben. Von hier aus betrachtet, läßt sich nun nochmals ersehen, weshalb der Rechtsgutsbegriff in diesem Zusammenhang dem der Treupflichtverletzung entschieden vorzuziehen ist. Wir kommen also zu dem resignierenden Standpunkt, daß dann wenn von der „Einwilligung des Verletzten" die Rede ist, darunter etwas ganz anderes verstanden werden will, nämlich die Preisgabe eines Rechtsgutes. Sonst ließe sich die objektive Theorie niemals rechtfertigen.

In dieser Preisgabe kann wohl die Einwilligung des Nichtverletzten enthalten sein, aber sie muß es nicht; sie ist nicht das Geschehen schlechthin, sondern nur eine Variante davon. In diesem Sinne will auch der § 226a StGB. verstanden werden.

Interessant ist hier folgendes Beispiel Köhlers[1]): Es ist mir vollkommen gleichgültig, ob jemand meine Briefe öffnet; ich faßte also den Entschluß, auf den Schutz eines Rechtsgutes, des Briefgeheimnisses zu verzichten (ob dieser Entschluß immer beachtlich, hängt von den Pflichten gegenüber der Gemeinschaft ab, also von dem Moment der „Sittenwidrigkeit"). Dieser Entschluß wird irgendwie der Oeffentlichkeit bekannt. Aber ausgerechnet A erfährt hiervon nichts; er öffnet aber nichtsdestoweniger meine Briefe.

Die Lösung dieser Frage bringen alle Autoren unter dem Kapitel „Einwilligung des Verletzten". In Wirklichkeit handelt es sich aber gar nicht darum. Denn daß ich auf das Briefgeheimnis verzichtet habe, ist lediglich auf einen eigenen Entschluß zurückzuführen. Hätte mich jemand darum ersucht, so hätte ich womöglich aus reiner Opposition nicht eingewilligt. Das hat Honig sehr richtig erkannt und festgestellt[2]). Es ist aber nicht einzusehen,

1) A.a.O., S. 411.
2) A.a.O., S. 155.

weshalb der Täter, wenn er in dem Beispiel von meinem Entschluß schon vorher Kenntnis erhalten hätte, er strafbar sein solle. Denn auch in diesem Fall liegt keine Einwilligung vor, die sich auf ein bestimmtes Verhalten eines bestimmten anderen beziehen muß, sondern nach wie vor ein selbständiger Entschluß. Diese Erkenntnis ist zweifellos der objektiven Theorie Gerlands zu verdanken. Die Honigsche Auffassung würde zu einer unberechtigten Einschränkung des ganzen Problems führen, lediglich dem natürlichen Sprachgebrauch zulieb. Einwilligung des Verletzten im strafrechtlichen Sprachgebrauch bedeutet eben Preisgabe eines Rechtsgutes durch dessen Träger.

Von hier aus kehren wir zu der oben gestellten Frage zurück, ob die Einwilligung dem Täter bekannt sein muß. Das soll an folgendem Beispiel demonstriert werden: Ich habe eine Vase, die mir nicht mehr gefällt. Ich möchte sie daher los sein, derilinquire sie aber nicht, d. h. ich habe nach wie vor den natürlichen Besitz-willen im Sinne des BGB. und zwar solange bis sie jemand anders in Besitz nimmt. Wenn sie jemand verschwinden läßt oder zerstört, ist es mir gleichgültig. Ich selbst aber will sie nicht wegwerfen. Und nun kommen, ohne daß jemand von meinem Entschluß weiß, zwei Bekannte, von denen der eine die Vase auch tatsächlich entwendet. Der andere, der dies bemerkt, erstattet Anzeige bei der Staatsanwaltschaft. Soll der Täter bestraft werden?

Diese Frage hat schon Binding[1]) zu lösen versucht, wobei er allerdings Deriliktion annahm und nicht Einwilligung. Binding kam zu dem Standpunkt, es liege kein Diebstahl vor. Keßler[2]) bestritt dies dagegen. Hier kann weder die eine noch die andere Ansicht angenommen werden, da sie von einer Auffassung des Verbrechens ausgehen, die sich in der Zwischenzeit grundlegend geändert hat.

Wollte man unterstellen, daß das Nichtvorhanden-

1) Handbuch I, S. 714.
2) Einwilligung, S. 101.

sein der Einwilligung Tatbestandsmerkmal ist oder anders ausgedrückt, die Einwilligung jeder Handlung den Charakter eines Delikts nimmt, so kommt man unter Zugrundelegung der objektiven Theorie über den untauglichen Versuch zu dem Standpunkt, daß das Verhalten des Täters straflos bleiben müsse. Denn es läge Mangel am Tatbestand vor. Diese objektive Theorie hat zweifellos eine strenge Konsequenz und eine nicht anzuzweifelnde Logik für sich. Beweis dafür, daß sich ihr so bedeutende Köpfe wie v. Liszt und v. Olshausen angeschlossen haben. Immerhin würde sie hier zu einem unbilligen Ergebnis führen — auch wenn man nicht die oben verneinte Köhlersche Auffassung zugrunde legen würde —, das vom Standpunkt der Praxis aus nicht anerkannt werden kann und auch nicht anerkannt wird.

Auch die sog. gemischte Theorie kann hier nicht eingreifen. Denn wenn die objektive Theorie rein logisch vorgeht, dabei aber einseitig wird, so kann dies nicht von der gemischten Theorie behauptet werden. Sie drängt die Logik auf Kosten der Bedürfnisse der Praxis zurück, ohne dabei zu glücklichen Ergebnissen zu kommen. Man könnte als ihr Charakteristikum bezeichnen, daß sie die Dummheit des Täters als Strafmilderungsgrund gelten läßt. Umgekehrt gefaßt: Der Kluge, der ein Verbrechen begehen kann und begeht, wozu auch der Dumme den heißesten Wunsch hätte, es aber nicht fertig bringt, weil er von den verschiedenen Möglichkeiten ausgerechnet die verkehrte zum eigenen Bedauern wählt; dieser Kluge nun müßte seinen Verstand als Ursache seiner Bestrafung verdammen und den anderen ob seiner Dummheit beneiden.

Zum gleichen Ergebnis, nämlich straffrei zu sprechen, kommt man, wenn man die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund ansieht, falls man bei ihr nicht das Vorhandensein eines subjektiven Moments im Sinne einer Gegenseitigkeit anerkennt.

Das kommende Strafrecht soll ein Willensstrafrecht sein. Mit den oben aufgestellten Einschränkungen trifft

das heute schon für die Auslegung des geltenden Rechts zu. In diesem Sinne aber wäre es nicht zu verstehen, wenn, um auf das obige Beispiel zurückzukommen, der Täter straffrei ausgehen sollte. Denn dies wäre einem Umstand zuzuschreiben, der außerhalb aller seiner Erwägungen lag, der ihm auch vollkommen gleichgültig war. Es würde dies geradezu ein Ansporn zu neuen Taten sein. Der verbrecherische Wille aber wäre durch nichts in seiner weiteren Entfaltung gehemmt. Das verstößt aber gegen jedes Ordnungsbestreben in einer Gemeinschaft. Von hier aus will auch die subjektive Theorie des Reichsgerichts über den untauglichen Versuch, die schon seit der Entscheidung in Bd. 1, 441 vertreten wird, beurteilt werden. Und wenn das Reichsgericht sie auch in manchen Fällen nicht angewendet hat, so wird das in der Zukunft fallen, wie die neuesten Entscheidungen ersehen lassen[1]). Daran wird auch das berühmte Antipodenbeispiel von Graf zu Dohna[2]) nichts ändern. Denn der Täter stößt in diesem Fall nur deshalb auf den Boden, weil er sein Opfer nicht in seiner Nähe hat. Hat er es aber über kurz oder lang leibhaftig vor sich, so wird er es statt dessen niederschlagen. Wenn man den Zweck der Strafe aber wenigstens zum Teil darin sieht, vor weiteren Verbrechen abzuschrecken, so muß man zugeben, daß man damit wenigstens die Möglichkeit hat, den Täter von seiner Tat, im Augenblick, wo er seinen Antipoden vor sich hat, abzuhalten.

Der Sinn dieser Ueberlegungen zeigt sich darin, daß die Preisgabe eines Rechtsguts allein nicht die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung auszuschließen vermag, sondern daß hierzu noch ein als „subjektiv" zu bezeichnendes Element kommen muß und das ist eben die Kenntnis des Täters von der Preisgabe. Erst wenn diese beiden Voraussetzungen gegeben sind, ist die Einwilligung,

1) Vergl. RG. 72, 109 und Bruns, Deutsches Strafrecht 1938, S. 161.

2) Der Aufbau der Verbrechenslehre, S. 50.

als Preisgabe eines Rechtsgutes aufgefaßt, ein Merkmal, das die Tatbestandsmäßigkeit einer Handlung ausschließt. Das hebt darüber hinweg, bei fehlender Kenntnis des Täters, denselben etwa wegen untauglichen Versuchs bestrafen zu wollen, wobei man in das Dilemma der drei verschiedenen Theorien käme. Denn in diesem Fall ist die Einwilligung, die allein die Tatbestandsmäßigkeit beseitigen könnte, nicht gegeben. Es liegt dann also ein vollendetes Delikt vor. Man muß eben, wie oben dargelegt wurde, das Verbrechen als einen Dualismus zwischen Rechtsgutsverletzung und verbrecherischen Willen des Täters auffassen. Das aufgeführte Beispiel demonstriert einen Fall, wo die Rechtsgutsverletzung zur reinen Vorstellung wird, d. h. ihre Funktion als reines Bewertungsmaß ausübt, das Verbrechen in erster Linie — umgekehrt zum Normalfall — sich auf den verbrecherischen Willen stützt.

Es kann nun auch nie die Frage aufgeworfen werden, ob der Täter von der Einwilligung Kenntnis haben muß[1]). Denn wenn er keine Kenntnis hat, liegt eben keine Einwilligung im strafrechtlichen Sinne vor, mag die Preisgabe eines Rechtsgutes auch vorher einem unbestimmten Kreis von Menschen mitgeteilt worden oder sie sogar dazu aufgefordert worden sein. Den Weg zu dieser Erkenntnis gewiesen zu haben, ist zweifellos Verdienst Honigs. Insofern ist es unverständlich, daß man trotz seiner Schrift an dem Einwilligungsbegriff im Sinne der objektiven Theorie bis in die neueste Zeit hinein festgehalten hat[2]).

Damit kann zu dieser Frage endgültig festgestellt werden: Einwilligung ist die einem Dritten bekannte Preisgabe eines Rechtsgutes. Auch darin ist enthalten, daß sie vor der Tat erfolgt sein muß. Insoweit kann auch auf Welzel verwiesen werden, der fest-

1) So Mezger, Der Gerichtssaal, Bd. 89, 275.

2) Vergl. Bruns, Die Befreiung des Strafrechts vom zivilistischen Denken, S. 2.

stellt: „Der Täter muß die Einwilligung kennen und auf Grund ihrer handeln; nur unter dieser Voraussetzung ist die Tat rechtmäßig. Die bloße Einwilligung beseitigt nur den Erfolgsunwert, aber nicht den Handlungsunwert“ [1]). Verfehlt ist aber festzustellen: Der Täter bleibt wegen Versuchs am untauglichen Objekt strafbar“ [1]).

Darüber hinaus kann die Einwilligung, wie oben bereits durch Verweisung auf die betreffenden Schriftsteller gezeigt wurde, auch Tatbestandsmerkmal im eigentlichen Sinn des Wortes sein. Zu erwähnen sind hier die §§ 142, 182, 302a ff. StGB. Diese Einwilligung ist aber von dem hier in Frage stehenden Begriff grundsätzlich zu unterscheiden. Zu sagen ist lediglich, daß auch bei den genannten Delikten, Einwilligung, in dem unseren Betrachtungen zugrunde liegendem Sinne, sehr wohl möglich ist.

Schluß.

Das Einwilligungsproblem birgt mehr als jedes andere des Strafrechts die Gefahr in sich, individualistische Gedankengänge aus dem Grabe zu wecken. Es hat zweifellos tieferen Sinn, daß das Problem erst durch die Aufklärung, als „die Anschauungen über das Verhältnis des einzelnen zur Gemeinschaft sich zugunsten des Individualismus zu verschieben beginnen“, die ihm gebührende Beachtung erfuhr [2]). Hier steht, darüber läßt sich nicht hinwegsehen, der einzelne im Mittelpunkt der Problematik. Ihm müssen Rechte zugestanden werden und es ist dabei schwierig, die Grenzen maßvoll und gerecht zu ziehen. Wenn das Verbrechen sich in der Rechtgutsverletzung er-

1) Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, S. 56.

2) Vergl. Schaffstein, Die allg. Lehren vom Verbrechen, S. 92.

schöpfen würde, wäre jede Schwierigkeit behoben. Betrachtet man das Verbrechen aber auch als Ausfluß des verbrecherischen Willens, so würde man diesen übersehen, wollte man die Einwilligung nur in Bezug auf den Verletzten ansehen. Dies würde nicht nur zu einer Knochenerweichung des Strafrechts führen, sondern die Ordnung und das Zusammenleben in einem Staat untergraben. Dessen waren sich auch die Vertreter des Liberalismus bewußt. Es ist interessant festzustellen, daß v. Liszt die Grenzen bei der Einwilligung in eine Körperverletzung entschieden enger zog als heute § 226a StGB. Wenn man sich sträubt, einen allgemeinen Satz über die Einwilligung ins Strafrecht einzubauen, dann geschieht es vor allem deshalb, weil man diese Tatsachen erkennt und sie fürchtet. Jedenfalls kann nicht genug davon gewarnt werden, die Grenzen hier zu weit zu ziehen, was man immer wieder beobachten kann[1]).

Auch die obigen Ausführungen sind in Erkenntnis dessen gemacht worden. So wurde die Einwilligung dahin gehend begrenzt, daß sie nicht nachträglich durch den einzelnen erfolgen könne. Weiterhin wurde der Wille des Täters einbezogen, insofern seine Kenntnis von der Einwilligung als erforderlich festgestellt wird. Diese Einschränkungen könnten aber, kriminalpolitisch betrachtet, nicht ausreichen. Denn da dem einzelnen Rechtsgüter nur im Rahmen der ihm gegenüber der Volksgemeinschaft auferlegten Pflichten zustehen, muß auch ein Verstoß gegen diese Pflichten jede Einwilligung unerheblich machen. Der Gesetzgeber hat dies dadurch in Erwägung gezogen, daß er die Einwilligung unerheblich sein läßt, wenn die Tat gegen die guten Sitten verstößt. Glücklich kann man die gesetzliche Formulierung nicht bezeichnen. Denn wenn eine Tat sittenwidrig ist, ist dies auch immer die Einwilligung hierzu, sodaß eine Differenzierung überflüssig ist und eine unnötige Belastung darstellt. Jedenfalls aber muß bei jeder Einwilligung immer geprüft werden, ob sie

1) Vergl. RG. 70, 108.

nicht sittenwidrig ist, das heißt gegen die dem Einwilligenden der Volksgemeinschaft gegenüber auferlegten Pflichten verstößt. Insofern aber bedeutet es keine Gefahr, dem einzelnen die Verfügung über seine Rechtsgüter zu belassen, da hier immer feste Grenzen gezogen sind und er daher nicht schrankenlos oder willkürlich sich verhalten kann. Weitere Ueberlegungen hierüber, die an sich noch gepflogen werden müssen, würden sich außerhalb des hier gestellten Rahmens bewegen. Hier sollte nur gezeigt werden, daß die Anzahl der Fälle, in denen Einwilligung von Erheblichkeit ist, dadurch noch weiter eingeschränkt wird. Es bleibt damit, dessen muß man sich bewußt sein, in der Praxis nur ein ganz beschränkter Kreis von Handlungen, die durch Einwilligung ihres Charakters als Verbrechen entkleidet werden. Ob man eine allgemeine Regelung des Problems in der Strafrechtsordnung für erforderlich ansehen muß oder nicht, kann daher nicht allein vom Standpunkt der Theorie betrachtet werden, sondern es muß ein entscheidendes Wort auch der Praktiker mitsprechen. Die Tatsache, daß man bisher vielfach mit der Rechtsprechung ausgekommen ist, verdient jedenfalls Beachtung. Eine Statistik über die Zahl aller begangenen Delikte und aber jene der durch Einwilligung straflos gebliebenen Handlungen habe ich nicht finden können. Nähere Untersuchungen hierüber wären zweifellos lohnend. Auch dürfte es empfehlenswert sein, das ausländische namentlich das angelsächsische, Recht daraufhin zu untersuchen, inwieweit sich dort eine allgemeine Regelung als zweckdienlich erwiesen hat.